Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
in cotutela con Università di Siviglia (Spagna)

DOTTORATO DI RICERCA IN

SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 32º

Settore Concorsuale: 12/C1 – DIRITTO COSTITUZIONALE

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/08 – DIRITTO COSTITUZIONALE

LA IDENTIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Presentata da: Pablo CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS

Coordinatore dottorato

Renzo ORLANDI

Supervisore

Andrea MORRONE

Supervisore

Ana M. CARMONA CONTRERAS

Esame finale anno 2021

A mis padres,

ÍNDICE

ABREVIATURAS 6
INTRODUCCIÓN 8

CAPÍTULO PRIMERO
APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y NOCIÓN DE IDENTIDAD NACIONAL

I. Aproximación histórica a la identidad nacional 16
1. Primera etapa: desde los orígenes de la construcción europea al Tratado de Maastricht 16
2. Segunda etapa: del Tratado de Maastricht al Tratado de Lisboa 18
3. Etapa actual: el Tratado de Lisboa 27
II. Caracterización general: concepto y naturaleza jurídica 31
1. Concepto 31
2. Naturaleza jurídica 36
III. Identidad nacional desde una perspectiva sustantiva supranacional: interpretación del artículo 4.2 TUE 39
1. Introducción 39
2. Elementos constitutivos 40
2.1. Identidad nacional de los Estados miembros 40
2.2. Inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales 44
2.3. Funciones esenciales del Estado 49
IV. Identidad nacional desde una perspectiva nacional: análisis de la normativa constitucional 58
1. Introducción 58
2. Preámbulos y procedimientos de reforma 59
2.1 Preámbulos o introducciones de las Constituciones nacionales 59
2.2. Procedimientos de reforma constitucional 61
3. Estudio de la identidad nacional italiana y española en los ordenamientos nacionales 64
3.1. Introducción 65
3.2. Primer caso de estudio: identidad nacional italiana 65
3.3. Segundo caso de estudio: identidad nacional española 71

CAPÍTULO SEGUNDO
IDENTIDAD NACIONAL EN PERSPECTIVA JUDICIAL: JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

I. Introducción 78
II. Justiciabilidad de la cláusula de identidad nacional 79
III. Operatividad: las funciones de la cláusula identitaria 83
1. Introducción 83
2. Uso ordinario o no judicial 83
2.1. Interpretación del Derecho originario y derivado 84
2.2. Actividad legislativa 88
IV. Caracterización general de la jurisprudencia 93
1. Reducido número de sentencias 94
2. Multiplicidad de mecanismo procesales 99
3. Variedad de temáticas abordadas 100
V. Uso judicial de la identidad nacional 102
1. Excepción cualificada a las libertades fundamentales del mercado interior 102
1.1. Lengua 103
1.2. Nacionalidad 113
1.3. Organización territorial del Estado 120
1.4. Identidad personal 126
2. Control judicial de la aplicación y validez del Derecho derivado 134
3. Uso *ad abundantiam* 141

CAPÍTULO TERCERO
IDENTIDAD NACIONAL EN PERSPECTIVA JUDICIAL: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

I. Introducción 148
II. Relación entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea: el principio de primacía 150
1. Caracterización general 150
2. Principio de primacía: carácter absoluto e incondicional 153
2.1. Primacía sobre Constitucionales nacionales y resoluciones judiciales de los Tribunales Constitucionales 154
2.2. Evolución jurisprudencial: consolidación del principio de primacía 157
III. Principio de primacía: recepción en los ordenamientos nacionales 162
1. Introducción 162
2. Límites a la primacía: análisis de la jurisprudencia constitucional en los ordenamientos nacionales alemán, italiano y francés 166
2.1. Alemania 168
2.2. Italia 193
2.3. Francia 209

IV. Principio de primacía: recepción en los ordenamientos nacionales. Especial referencia al caso español 222

1. Introducción 222

2. Fundamento jurídico de la integración europea y jurisprudencia inicial sobre la relación entre el Derecho Constitucional español y el Derecho comunitario 223

3. Primera Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/1992, de 1 de julio de 1992) y dictámenes del Consejo de Estado 225

4. Segunda Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004) y jurisprudencia más reciente 229

CAPÍTULO CUARTO
MODELO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOBRE LA IDENTIDAD NACIONAL

I. Pluralismo constitucional: un modelo teórico para conciliar dos aproximaciones judiciales contrapuestas 236

1. Introducción 236

2. Dos modelos confrontados: ¿cuál es la norma suprema en el espacio jurídico europeo? 237

2.1. Perspectiva nacional 237

2.2. Perspectiva supranacional: primacía del Derecho de la Unión 241

3. Una alternativa teórica a dos modelos insatisfactorios: pluralismo constitucional 245

3.1. Caracterización general 245

3.2. Virtudes y objeciones del pluralismo constitucional 246

II. Jurisdicción competente en conflictos sobre la identidad nacional 248

1. Primer modelo: reivindicación de una autoridad judicial última 248

1.1. Tribunal de Justicia como máxima autoridad en el espacio judicial europeo 249

1.2. Tribunales Constitucionales nacionales como máxima autoridad en el espacio judicial europeo 250

2. Segundo modelo: creación de una tercera instancia judicial 251

2.1. Creación de un órgano de conciliación al amparo del Derecho Internacional público 252

2.2. Establecimiento de un Consejo Constitucional europeo 255

2.3. Objeciones en relación a las propuestas alternativas para la resolución de conflictos constitucionales en el espacio judicial europeo 256

3. Modelo de cooperación judicial dialéctico 259

3.1. Diálogo judicial: noción y caracterización general 259

3.2. Requisitos generales del diálogo judicial 261

III. Procedimiento del diálogo judicial en conflictos relativos a la identidad nacional 265

1. Cauce preferente para el diálogo judicial: la cuestión prejudicial 265
2. Incoación del procedimiento..... 267
3. Participación de los representantes nacionales: el papel privilegiado de los Tribunales Constitucionales nacionales 270
3.1. Escasez de precedentes de comunicación directa entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia 272
3.2. Denegación de vías alternativas de interacción: intervención como coadyuvante y presentación de alegaciones escritas u observaciones 274
3.3. Intereses contrapuestos entre diferentes autoridades nacionales 276
4. Desarrollo y terminación del procedimiento 279
IV. Técnicas judiciales de resolución de conflictos sobre la identidad nacional... 283
1. Autocontención o *self-restraint* 283
1.1. Introducción 283
1.2. Presunción de protección equivalente 285
1.3. Margen de apreciación nacional..... 286
1.4. Declaración de incompatibilidad..... 289
2. Deferencia judicial 291
3. Test de proporcionalidad 294
3.1. Caracterización general del test de proporcionalidad en el Derecho de la Unión: análisis doctrinal y jurisprudencial 294
3.2. Aplicación del test de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre la identidad nacional..... 298

CAPÍTULO QUINTO
IDENTIDAD NACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UN ESPECÍFICO ÁMBITO DE APLICACIÓN

I. Breve aproximación histórica al nacimiento y evolución de un sistema de derechos fundamentales en la Unión: la irrupción de la Carta..... 302
II. Derechos fundamentales como expresión de la identidad de una comunidad política 307
1. Derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo: una fuente de convergencia 307
2. Derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo: una fuente de divergencia 309
III. Intersección entre las cláusulas horizontales de la Carta y la cláusula de identidad nacional..... 314
1. Introducción 314
2. Ámbito de aplicación de la Carta..... 316
2.1. Breve referencia a los trabajos preparatorios..... 316

2.2. Destinatarios de la Carta 318
2.3. Principios generales del Derecho y la Carta: ¿ámbito de aplicación concurrente o complementario? 322
2.4. Evolución y estado actual de la jurisprudencia 323
3. Nivel de protección de los derechos fundamentales 331
3.1. Caracterización general de la cláusula de *non regression* de la Unión 332
3.2. Tres interpretaciones doctrinales para el artículo 53 CDFUE 334
3.3. Análisis jurisprudencial sobre el nivel de protección en caso de concurrencia de catálogos de derechos fundamentales: dos escenarios posibles 338
IV. Convergencia entre la cláusula de identidad nacional y el nivel de protección de los derechos fundamentales 351
CONCLUSIONES 357
SINTESI 365
CONCLUSIONI 368
BIBLIOGRAFÍA 376
ANEXO DE JURISPRUDENCIA 409

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
AG	Abogado/a general
ATC	Auto del Tribunal Constitucional español
ATCFA	Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán
ATCI	Auto del Tribunal Constitucional italiano
ATJCE	Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	contra
CCEE	Comunidades Europeas
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIG	Conferencia Intergubernamental
coord.	coordinador
dir.	director
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional español
ed.	editor
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
LO	Ley Orgánica
núm.	número
ONU	Organización de Naciones Unidas
op.cit.	*opere citato* (obra citada)
p.	página
PTU	Países y Territorios de Ultramar
SCC	Sentencia del *Conseil Constitutionnel*
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STCFA	Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán

STCI	Sentencia del Tribunal Constitucional italiano
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
vid.	*videtur* (véase)
vol.	volumen

INTRODUCCIÓN

> «La situación auténtica de Europa vendría, por lo tanto, a ser esta: su magnífico y largo pasado la hace llegar a un nuevo estadio de vida donde todo ha crecido; pero a la vez las estructuras supervivientes de ese pasado son enanas e impiden la actual expansión. Europa se ha hecho en forma de pequeñas naciones. En cierto modo, la idea y el sentimiento nacionales han sido su invención más característica. Y ahora se ve obligada a superarse a sí misma. Este es el esquema del drama enorme que va a representarse en los años venideros»[1]

José Ortega y Gasset (1930)

Uno de los principales desafíos para el constitucionalismo actual es el de tratar de dar respuesta a los problemas inherentes a la coexistencia de una realidad nacional y otra supranacional en el marco de la integración europea. Es innegable que la paulatina profundización del proyecto de construcción europea, a resultas de las sucesivas reformas de los Tratados originarios a lo largo de más de seis décadas, ha comportado una auténtica transformación constitucional, cuyo impacto se ha dejado sentir tanto en el plano estatal como supraestatal[2]. Asistimos a un cambio de paradigma jurídico en el que el modelo hasta ahora predominante, asentado en el binomio Estado-Constitución, está siendo desplazado ante la conformación de un espacio constitucional europeo caracterizado por una creciente complejidad e interdependencia[3]. En estas circunstancias, la teoría constitucional se enfrenta a una tarea inexcusable de ordenación de los contornos de la relación entre los Estados miembros y la Unión que dote de coherencia a un escenario

---

[1] ORTEGA y GASSET, JOSÉ, *La rebelión de las masas*, Segunda Parte, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 302-303.

[2] Es ampliamente conocido el debate sobre un doble proceso, que Burgorgue-Larsen ha calificado como paralelo e inverso, de constitucionalización de los Tratados europeos y de europeización de las Constituciones nacionales. Se trata de unas discusiones que tuvieron una especial acogida entre la doctrina con ocasión del frustrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aunque tales reflexiones siguen siendo válidas a día de hoy para explicar la conformación y consolidación de un espacio constitucional europeo. Respecto de la caracterización de ese doble proceso como «paralelo e inverso», *vid.* BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, «La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial», en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN I. y JÁUREGUI BERERCIARTU, GURUTZ, *Derecho Constitucional Europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 42. Por otra parte, en relación propiamente con tales debates, *vid*., entre otros, CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004; DÍEZ-PICAZO, LUIS M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; ZILLER, JACQUES, *L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, París, 2003.

[3] Sin perjuicio de que esta investigación se centre primordialmente en el proceso de integración regional europeo, no puede ignorarse la apertura del Estado a otras formas de cooperación más allá de las fronteras estrictamente nacionales, habiendo sido profusamente estudiado aquel fenómeno conocido como «constitucionalismo global». *Vid*., por todos, WIENER, ANTJE, LANG, ANTHONY F., TULLY, JAMES, POIARES MADURO, MIGUEL y KUMM, MATTIAS, «Editorial. Global constitutionalism: human rights, democracy and the rule of law», *Global Constitutionalism*, núm. 1, vol. 1, 2012.

jurídico presidido por una pluralidad de textos normativos de valor constitucional y de autoridades judiciales que se solapan parcialmente.

En este estado de cosas, la identidad nacional se presenta como una categoría jurídica que puede ser apta a los fines de articular un mejor encaje entre el Derecho Constitucional y el Derecho de la Unión. En una primera aproximación, puede ser concebida como la garantía última que asegure ciertos límites insuperables en el devenir del proyecto europeo, delimitando de esta manera lo que podríamos denominar como un «espacio de intangibilidad constitucional»[4]. Así pues, podría interpretarse que la identidad nacional presenta una concepción esencialmente negativa en la medida en que actuaría como una suerte de norma de resistencia. Sin embargo, es posible observarla al mismo tiempo desde una óptica complementaria y positiva en virtud de la cual puede ser un instrumento de convergencia entre ambos ordenamientos[5].

La emergencia de la identidad nacional en el entonces sistema jurídico comunitario puede situarse en un momento cronológico decisivo de la historia de la integración europea con la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992. En efecto, este instrumento jurídico constituyó un genuino punto de inflexión, debido a que con el mismo se superaban los iniciales objetivos de constitución de un mero mercado común para sentar las bases de la creación de una verdadera unión política. Este hito histórico-jurídico marca una línea divisoria temporal que nos permite disociar un primer momento marcado por una progresiva intensificación del proyecto común europeo aparentemente inexorable -y que, en términos muy descriptivos, ha sido calificado como una «fábula»[6], seguido de otro posterior que introdujo un grado de tensión sin precedentes en términos constitucionales.

Fue en estos momentos cuando se procedió a una transferencia del ejercicio de ciertas competencias estatales que revestían una especial sensibilidad por razón de su estrecha vinculación con el núcleo de la concepción secular de soberanía. A raíz de estos cambios cualitativos, que incidieron sobre la propia naturaleza de esta original

---

[4] Expresión prestada de un artículo publicado por Pedro Cruz Villalón en el diario El País con motivo de la reciente y controvertida sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el asunto PSPP. *Vid*. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «"Exit" Karlsruhe», Diario El País, 13 de mayo de 2020.

[5] Respecto de la doble concepción de la cláusula de identidad nacional como una «norma de resistencia» y una «norma de convergencia», *vid*. MILLET, FRANÇOIS-XAVIER, *L'Union européene et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDP, París, 2013. En términos semejantes se expresa Burgorgue-Larsen, asignando una doble operatividad a la misma bajo las denominaciones de «función de cierre» (*fonction de fermeture*) y «función de apertura» (*fonction d'ouverture*). BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, «L'identité constitutionnelle en question(s)», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011, pp. 162-168.

[6] «"El mundo real se había convertido en una fábula": así es como nos sentíamos entonces. Creímos que el Derecho de la integración era real y que era una parte esencial de una comunidad política supranacional más civilizada creada en los años cincuenta del siglo XX. Ahora parece que estábamos confundidos, que el Derecho comunitario que conocíamos estaba en peligro, que se había convertido en parte en una fábula, y que quizás lo había sido siempre, y nunca un mundo de verdad. Estábamos desconcertados». BAQUERO CRUZ, JULIO, «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *European Law Journal*, núm. 14, vol. 4, 2008, p. 391. Traducción propia.

organización supranacional, se suscitaron dudas sobre la legitimidad de la Unión para asumir tales competencias y sobre la existencia de garantías en la esfera supraestatal que permitieran asegurar las mínimas exigencias propias de un Estado de Derecho. Estas inquietudes se manifestaron con toda nitidez en sede judicial, y más concretamente en una serie de pronunciamientos emanados de los Tribunales Constitucionales nacionales por los que se examinaba la compatibilidad de la nueva reforma de los Tratados constitutivos con las respectivas Cartas Magnas[7]. En estos fallos se pusieron claramente de relieve las dificultades para acomodar la evolución del Derecho supranacional con los principios constitucionales más básicos[8].

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009) ha suscitado un interés renovado hacia la cláusula de identidad nacional, que responde fundamentalmente a dos consideraciones, a saber: una formulación más elaborada de la disposición en la que se proclama actualmente (artículo 4.2 TUE[9]) -en claro contraste con la parquedad que caracterizaba la redacción de las versiones anteriores- y la recién adquirida justiciabilidad de la misma -aunque es una cuestión discutida entre la doctrina[10]-, que ha favorecido un relativo despertar de la jurisprudencia sobre este particular[11]. Con todo, subsisten los dos rasgos que hasta ahora la han singularizado y que justifican plenamente la necesidad de

---

[7] Estos desencuentros se expresaron de manera clarividente en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el asunto Maastricht (1993). En estas mismas fechas, se aprobaron las respectivas decisiones del *Conseil Constitutionnel* francés y del Tribunal Constitucional español sobre la adecuación del mencionado Tratado de Maastricht con las correspondientes Constituciones nacionales. *Vid.* STCFA de 12 de octubre de 1993, Maastricht (también conocida como sentencia Brunner), 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92; SCC de 9 de abril de 1992, núm. 92-308 DC; DTC de 1 de julio de 1992, 1/1992.

[8] A modo de precisión terminológica, debe matizarse que no todos los Estados miembros de la Unión cuentan con un Tribunal Constitucional. En ocasiones, las funciones propias del mismo -y, muy significativamente, el control de constitucionalidad de la ley- se encuentran atribuidas al correspondiente Tribunal Supremo (o a una sala especial de este órgano jurisdiccional) y, en otros casos, sencillamente no existe siquiera una institución parangonable como consecuencia de la configuración en tales Estados de un modelo desconcentrado de constitucionalidad. De todos modos, la difusión de la institución del Tribunal Constitucional es extraordinaria, siendo buena prueba de ello que, de un total de veintisiete Estados miembros, diecinueve hayan optado por incorporar esta figura a su sistema de justicia constitucional. A los efectos del presente texto y por motivos de simplificación, se ha optado por utilizar la denominación de Tribunal Constitucional en un sentido amplio para referirnos a todos los casos existentes. FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, Yale University Press, New Haven, 2009, pp. 3-5.

[9] Artículo 4.2 TUE: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

[10] Aun siendo mayoritaria la tesis sobre la justiciabilidad de la cláusula de identidad nacional a partir de la última reforma de los Tratados, existe una parte de la doctrina que sostiene que el Tribunal de Justicia gozaba de jurisdicción sobre dicha materia con anterioridad, *vid.* CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 5-6.

[11] El Tratado de Lisboa abre un nuevo panorama en el sistema de protección judicial de la Unión Europea con la eliminación del tradicional sistema de pilares. A partir de entonces, la jurisdicción del Tribunal de Justicia se va a extender, con carácter general, a todo el ámbito de aplicación de los Tratados. *Vid.* BARENTS, RENÉ, «The Court of Justice after the Treaty of Lisbon», *Common Market Law Review*, núm. 47, vol. 3, 2010, pp. 716-719.

profundizar en su estudio. De un lado, se trata de un concepto enigmático sobre el que siguen existiendo considerables dudas en relación a su sentido y alcance[12]. De otro, y a pesar de un mayor número de decisiones judiciales dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en fechas más recientes, contamos aún con una jurisprudencia escasa que ha presentado un uso muy concreto y limitado desde el punto de vista de su ámbito de aplicación. En todo caso, se empiezan a sumar resoluciones judiciales sobre las que es preciso ofrecer un análisis sistemático, que no es sencillo apreciar a la luz de la labor del Tribunal europeo. A todo ello debe sumarse una de las peculiaridades más notables de esta categoría jurídica, como es una aproximación dual hacia la misma por parte de la jurisdicción constitucional y de la supranacional, refiriéndonos a continuación a aquella praxis judicial nacional en sus perfiles más básicos.

A principios de la década de los años setenta del siglo pasado, el Tribunal Constitucional italiano (*Corte costituzionale*) dio forma a la célebre doctrina de los *controlimiti*, que sería posteriormente emulada por otras jurisdicciones constitucionales a lo largo del continente, en virtud de la cual se trazaban los límites a la integración europea. En particular, el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha ido construyendo con el paso de los años una jurisprudencia sobre tales confines que pivota sobre diferentes elementos de resistencia, que han sido configurados en etapas sucesivas. Entre tales puntos de fricción, uno de ellos y el más tardío es la identidad nacional, habiendo sido este último modelado a raíz del asunto Lisboa[13] (2009)[14].

No siendo este el momento adecuado para entrar en detalles, baste decir ahora que esta categoría jurídica se encuentra en el origen de controversias judiciales que revisten una relevante trascendencia interordinamental. Más concretamente, tales litigios pueden desembocar en una decisión judicial unilateral del Tribunal de Karlsruhe contraria al Derecho de la Unión y que, incluso, puede comportar una seria afectación de los principios esenciales de su ordenamiento jurídico: primacía y uniformidad. Estas innovaciones judiciales han tenido eco en otras jurisdicciones constitucionales nacionales, siendo presumible que en la elaboración de las mismas haya jugado un papel nada despreciable la reconocida autoridad y el prestigio de que goza el Tribunal Constitucional Federal alemán en el espacio judicial europeo.

Estos debates se inscriben en un contexto más amplio concerniente a una situación de cierto contraste entre dos visiones judiciales no exactamente coincidentes y

---

[12] Calificando la identidad nacional como un concepto «enigmático», VIALA, ALEXANDRE, «Le concept d'identité constitutionnelle: approche théorique", en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011, p. 7.

[13] STCFA de 30 de junio de 2009, asunto Lisboa, 2 BvE 2/08.

[14] Ciertamente, tanto la *Corte costituzionale* italiana -a través de una doctrina judicial de largo recorrido iniciada con el asunto Frontini- como el Tribunal Constitucional español -singularmente en la DTC 1/2004- se habían pronunciado con anterioridad sobre los respectivos límites nacionales a la integración. No obstante, la sentencia Lisboa emitida por su homólogo alemán se diferencia de estas decisiones dictadas previamente en la medida en que diseña un control judicial más preciso y específicamente dirigido a salvaguardar la identidad nacional.

potencialmente inconciliables en relación a los fundamentos del sistema jurídico europeo. Estas dos narrativas se han ido desarrollando a lo largo de las últimas décadas por medio de la intervención sucesiva del Tribunal de Justicia y de los Tribunales Constitucionales nacionales en dos relatos paralelos[15]. En pocas palabras, es una pugna dialéctica que puede reconducirse sustancialmente a dar respuesta a dos incógnitas: qué norma jurídica -la Constitución nacional o los Tratados constitutivos- ostenta la condición de suprema y qué órgano jurisdiccional -los Tribunales Constitucionales o el Tribunal de Justicia- posee la «última palabra»[16] en el espacio judicial europeo. En tales circunstancias, no se pueden descartar futuros conflictos judiciales que nos aboquen a un desencuentro constitucional irresoluble, salvo que alguna de tales autoridades jurisdiccionales se comprometa a renunciar o flexibilizar la rigidez de sus postulados para cada caso concreto. Expresado en estos términos, se presenta un escenario judicial incapaz de ofrecer un marco teórico coherente de las relaciones interordinamentales, cuyas repercusiones podrían llegar a dañar seriamente el delicado equilibrio entre ambos sistemas jurídicos. En cualquier caso, debe precisarse que la invocación de los contralímites se ha planteado siempre desde las jurisdicciones constitucionales como una hipótesis última o extrema. De este modo, las reiteradas advertencias sobre una posible y futura aplicación de los mismos han limitado sus efectos a un plano meramente teórico sin que hayan encontrado por el momento una realización práctica. En esencia, el reto consiste en conciliar la diversidad constitucional -representada por las particularidades jurídico-constitucionales propias de cada uno de los Estados miembros- con la unidad -encarnada por la propia Unión Europea en la que se integran dichos Estados-, respetando simultáneamente los principios basilares de los ordenamientos nacionales y del supranacional. Esta es la *vexata quaestio*.

La presente tesis doctoral aspira a ofrecer un análisis integral de la categoría jurídica de la identidad nacional en clave dialéctica, que comprende tanto la visión acuñada por el Tribunal de Justicia como la percepción que de la misma mantienen los Tribunales Constitucionales nacionales, en tanto que guardianes supremos del ordenamiento constitucional interno. Con estas palabras se quiere expresar que la misma incorpora un estudio desde una perspectiva histórica y actual, sustantiva y procesal, descriptiva y valorativa, así como una parte propositiva por medio de la cual se pretende ofrecer un modelo para la resolución de este tipo de conflictos en sede judicial. Siendo ampliamente considerada entre la doctrina como una figura jurídica sumamente controvertida por razón de las dudas que giran en torno a su sentido y alcance, existe una fundada motivación para profundizar en su conocimiento. Igualmente, deben tenerse presente las relevantes novedades derivadas la última reforma de los Tratados y los

[15] *Vid.* CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013.

[16] Este el conocido debate en torno a quién es la autoridad última que decide con carácter definitivo y sin posibilidad de recurso ante otra instancia judicial que pueda declarar ineficaz sus resoluciones. *Vid.* DÍEZ-HOCHLEITNER, JAVIER, «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», *Working Papers Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 17, 2013; LÜBBE-WOLFF, GERTRUDE, «Who has the last word? National and transnational courts - Conflict and Cooperation», *Yearbook of European Law*, núm. 30, vol. 1, 2011. En el concreto ámbito de los derechos fundamentales en Europa, *vid*. LAFFRANQUE, JULIA, «Who Has the Last Word on the Protection of Human Rights in Europe?», *Juridica International Law Review*, núm. 19, 2012.

enconados litigios entre los máximos órganos judiciales europeos en fechas recientes, que ponen de relieve que se trata de una materia sobre la que existe un vivo debate a día de hoy. En virtud de todas estas consideraciones, no existen dificultades para apreciar el interés y la actualidad de la cuestión objeto de examen.

Desde el punto de vista de la metodología, debe comenzarse señalando que, siendo la identidad nacional una realidad poliédrica que se presta a un análisis desde muy diferentes disciplinas científicas, esta tesis presenta un enfoque estrictamente jurídico. Expresada esta primera cautela, puede convenirse que se han adoptado las pautas generalmente aceptadas en el ámbito de la investigación en Derecho. Como no puede ser de otro modo, este estudio ha pretendido regirse fielmente por los postulados propios del método científico, destacando la aplicación de una lógica inductiva-deductiva y de los criterios de interpretación jurídica ampliamente reconocidos en nuestra específica rama de conocimiento.

Por razón de la singularidad de la cuestión objeto de estudio, que puede enmarcarse dentro del usualmente denominado Derecho Constitucional europeo, debe emplearse una aproximación necesariamente dual en la que confluyen tanto el prisma nacional como el supranacional. Esta es una consideración que se hace extensible tanto a la perspectiva sustantiva como adjetiva. En ambos casos se presenta una limitación analítica derivada de las considerables dificultades de ofrecer un examen riguroso que abarque cada uno de los Estados miembros y, en consecuencia, debe acotarse en cuáles de ellos vamos a concentrar preferentemente nuestro análisis. En este sentido, la incorporación de un estudio desde el punto de vista del Derecho comparado nos permitirá contrastar las diferentes respuestas articuladas en cada uno de los sistemas jurídicos analizados y, más específicamente, examinar la delimitación de esa noción y de las garantías jurisdiccionales establecidas para su defensa. En particular, se ha prestado una atención preferente a los ordenamientos jurídicos de Alemania, España, Francia e Italia por los motivos que a continuación se detallan.

En primer lugar, sus respectivos Tribunales Constitucionales pertenecen, con la salvedad del caso español, a Estados fundadores de la Unión y, por tanto, gozan de un rico y dilatado recorrido judicial de las dificultades constitucionales que trae aparejada la integración europea. En segundo lugar, son órganos jurisdiccionales que disfrutan de un prestigio y una influencia en el espacio judicial europeo que es apreciable en la actividad de las restantes Cortes Constitucionales, siendo especialmente destacado el papel de referente del Tribunal Constitucional Federal alemán. En último lugar, es posible distinguir dos tradiciones jurídicas en la Unión que, a grandes rasgos, coinciden, por un lado, con los Estados de Europa occidental y, por otro, con los Estados de Europa del este que se incorporaron al proyecto de integración con la gran adhesión del año 2004; perteneciendo todos los casos de estudio a la primera de estas corrientes. No obstante, debe advertirse que no todos los Tribunales Constitucionales estatales se han pronunciado sobre la identidad nacional. Asimismo, entre aquellas jurisdicciones constitucionales en las que sí existen menciones a esa figura jurídica, algunas de ellas apenas cuentan meras

referencias u observaciones poco elaboradas que no habrían contribuido significativamente a realzar nuestra investigación[17].

Una vez presentado el estado de la cuestión, sumado a una breve declaración sobre una serie de consideraciones metodológicas básicas, corresponde poner fin a esta parte introductoria con una exposición de la organización de la tesis. Esta se ordena en torno a cinco capítulos principales, que presentan una extensión similar con la deliberada intención de ofrecer un examen equilibrado de cada uno de los aspectos abordados, a través de los cuales se ha pretendido llevar a cabo un análisis completo y riguroso de la identidad nacional.

El capítulo primero inicia con una ineludible aproximación histórica de esta figura jurídica, a partir de la cual será posible comprender el contexto temporal en que se insertaba su versión primigenia en el Derecho primario, los debates que rodearon su incorporación en los Tratados, así como las sucesivas reformas que se han operado sobre la cláusula de identidad nacional con el paso de los años. Tras este recorrido cronológico, se aborda una cuestión central consistente en un estudio del concepto y de la naturaleza jurídica de la identidad nacional. En particular, esta noción es analizada desde el punto de vista del Derecho de la Unión, a través de una exégesis de la referencia normativa básica del artículo 4.2 TUE, seguido de un examen específico de esa misma figura en los ordenamientos nacionales italiano y español. Sobre este último punto, no está de más apuntar la relativa poca atención que la literatura española ha prestado a esta categoría jurídica y, no menos importante, el retraso con el que se ha incorporado a su análisis con respecto al resto de doctrinas nacionales europeas[18].

Los capítulos segundo y tercero abordan el objeto de investigación desde una perspectiva prevalentemente jurisprudencial. Partiendo de la premisa de una nítida dualidad de aproximaciones judiciales respecto de la identidad nacional, es imprescindible poner de relieve de manera separada la visión del Tribunal de Justicia y de los Tribunales Constitucionales nacionales. Por un lado, la actividad del Tribunal de

---

[17] Entre otros, puede citarse el caso del Tribunal Constitucional portugués que se ha referido a dicha categoría jurídica. No obstante, no ha precisado el contenido de la identidad nacional portuguesa en el marco de la integración europea, ni ha configurado un control jurisdiccional para su defensa en caso de una hipotética transgresión. *Vid.* STC portugués de 15 de agosto de 2014, 575/2014, apartado 25. *Vid.* PEREIRA COUTINHO, FRANCISCO y PIÇARRA, NUNO, «Portugal: The Impact of European Integration and the Economic Crisis on the Identity of the Constitution», en ALBI, ANNELI y BARDUTZKY, SAMO, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights and Rule of Law*, Springer, Berlín, 2019.

[18] Poniendo de manifiesto esta singularidad de la doctrina española, *vid.* MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ, «Constitutional Identity in Spain. Commitment to European Integration without Giving Up the Essence of the Constitution», en CALLIES, CHRISTIAN y VAN DER SCHYFF, GERHARD (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 269. Particularmente incisivo sobre este punto es Pierre Bon que, en un artículo publicado en el año 2014 sobre la identidad nacional en una de las revistas españolas más prestigiosas en esta disciplina, señaló que no había ni un solo artículo que abordara específicamente esta cuestión por parte de un autor español en ninguno de los cien números precedentes. BON, PIERRE, «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, 2014, p. 169.

Luxemburgo precisa de un criterio de ordenación que ofrezca una sistematización de toda su producción judicial, de la que no ha dado cuenta hasta ahora el Tribunal europeo. Por otro lado, la labor de estudio de la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales presenta una dificultad analítica y cognoscitiva insoslayable: la imposibilidad de desplegar un análisis de cada uno de los veintisiete Estados miembros. En estas circunstancias, la selección de cuatro jurisdicciones constitucionales (Alemania, Italia, Francia y España) no es caprichosa o azarosa, sino que obedece a las motivaciones anteriormente descritas.

El capítulo cuarto se ocupa de elaborar una propuesta sobre el modo de encauzar los desafiantes conflictos sobre la identidad nacional ante las máximas autoridades judiciales europeas. Asumidos los postulados del pluralismo constitucional como la teoría más acertada para dar cuenta del complejo orden constitucional compuesto, se plantea un modelo de resolución de controversias que se apoya en el diálogo judicial y la cooperación leal entre Tribunales. En concreto, se apuntan diversos instrumentos que pueden contribuir a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria entre los diferentes actores judiciales, respetando debidamente las singularidades de cada ordenamiento jurídico. Así las cosas, el objeto de esta propuesta no es otro que ofrecer un modelo que facilite alcanzar puntos de encuentro entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales nacionales, por medio de instrumentos que permitan dar respuesta a una cierta inseguridad jurídica y a los riesgos inherentes al actual marco de resolución de conflictos, cargado de una incuestionable potencialidad disruptiva.

El quinto y último capítulo cierra la presente investigación con un estudio específico de la identidad nacional analizada desde el prisma concreto de los derechos fundamentales. Es un campo de estudio de particular interés por razón de estar regido por un rico y complejo marco jurídico en el que interactúan una pluralidad de catálogos de derechos fundamentales y de Tribunales encargados de su salvaguarda. Y lo es también porque, a pesar de que los derechos fundamentales puedan conducirnos en un primer momento a pensar en la existencia de una cultura *iusfundamental* compartida, existen diferencias entre unos Estados miembros y otros que no pueden ser desdeñadas y que pueden encontrar amparo bajo la figura de la identidad nacional. Otra cuestión no menos importante es la oportunidad que presenta la misma de servir de mecanismo para impulsar una protección más elevada de los derechos fundamentales en Europa por medio de una interpretación conjunta con la cláusula de *non regression* de la Carta (artículo 53), que, como es sabido, es uno de los preceptos más debatidos y controvertidos de este texto jurídico.

CAPÍTULO PRIMERO
APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y NOCIÓN DE IDENTIDAD NACIONAL

I. Aproximación histórica a la identidad nacional

1. Primera etapa: desde los orígenes de la construcción europea al Tratado de Maastricht

El respeto a la identidad nacional de los Estados miembros es una idea presente en la historia de la integración europea desde sus mismos orígenes[19]. No se trata de una innovación jurídica absolutamente novedosa que tenga entrada en el Derecho comunitario con ocasión de su reconocimiento expreso en el Tratado de Maastricht (1992), sino que su proclamación es la «codificación» de un principio no escrito que había sido previamente consolidado en la práctica comunitaria[20]. En efecto, «forma parte de la propia esencia del proyecto europeo iniciado a principios de los años cincuenta, que consiste en avanzar sobre la vía de la integración preservando al mismo tiempo la existencia política de los Estados»[21].

La Unión Europea no ha pretendido nunca absorber o reemplazar a los Estados para constituirse en una nueva estructura asimilable a ellos que barra todo rastro de diferencia[22]. Dicho de otro modo, no aspira a la superación o desaparición de los Estados nacionales para la constitución de un «súperestado» o de una federación de Estados en el que se diluyan los primeros[23]. En palabras de Pérez Tremps, la identidad nacional, entre otras cláusulas, refiere un «elemento estructural de la integración supranacional, la tensión entre ésta y la existencia misma de los Estados miembros de la Unión que la configuran, de manera que solo se acepta dicha integración en la medida en que no cuestione la existencia misma del Estado, protagonistas del proceso y que deben seguir existiendo dentro del mismo»[24].

---

[19] SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO, «Identité nationale et Droit de l'Union Européene dans la jusrisprudence constitutionnelle espagnole», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011, p. 101.

[20] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AGUSTÍN J., «Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, pp. 567-568.

[21] Conclusiones de 16 de diciembre de 2008 del AG M. Poiares Maduro, Michaniki, C-213/07, apartado 31.

[22] CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway», en CLAES, MONICA, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, topics and procedure*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 205.

[23] PECH, LAURENT, *The European Union and its Constitution. From Rome to Lisbon*, Claurus Press, Dublín, 2008, p. 12.

[24] PÉREZ TREMPS, PABLO, «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 29, 2009, p. 35.

Desde sus inicios, la idea de diversidad ha sido un rasgo definitorio de la Unión Europea que ha dado forma a su propio «autorretrato»[25], como bien lo pone de manifiesto su divisa «Unida en la diversidad»[26]. En esencia, la construcción europea es un proyecto marcado por una tensión entre dos dinámicas opuestas que promueven o bien una progresiva intensificación de la integración -vis centrífuga o integracionista-, o bien un mantenimiento o reforzamiento del poder del Estado -vis centrípeta o estatalista-. La necesaria búsqueda de un punto de equilibrio entre ambas fuerzas se trata de alcanzar por medio de decisiones de carácter eminentemente político, que tienen su reflejo más evidente en las negociaciones entre los Estados miembros y la Unión con motivo de la reforma de los Tratados, pero es igualmente una cuestión jurídica porque está regulada por normas que, en última instancia, deberán ser interpretadas por las autoridades judiciales competentes[27].

Estas dificultades para conciliar unos intereses potencialmente divergentes y conflictivos se pusieron de relieve desde los comienzos de la andadura europea en los que el Tribunal de Justicia adquirió un especial protagonismo a los efectos de arbitrar una solución. Como es bien sabido, la ordenación de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho supranacional se cimenta en un principio fundamental de construcción judicial afirmado en la década de los años sesenta del pasado siglo: la primacía europea. Concretamente, se declara en dos fallos trascendentales (Costa c. ENEL e Internationale Handelsgesellschaft) que «al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, *cualquiera que sea esta*»[28] y que «*la alegación* de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o *de los principios de una estructura nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado*»[29]. En pocas palabras, esta inicial jurisprudencia impone que en caso de contradicción entre el Derecho nacional y el entonces Derecho comunitario, habrá de prevalecer este último, incluso frente a las Constituciones nacionales y, no menos relevante, sin importar cuál sea la importancia del principio constitucionalmente afectado. De este modo, los estrictos términos en que fue proclamado este principio comportaban una cierta incomprensión respecto de la realidad

[25] VON BOGDANDY, ARMIN, «The European Union as a Situation, Executive and Promoter of the International Law of Cultural Diversity - Elements of Beautiful Friendship», *European Journal of International Law*, núm. 19, vol. 2, 2008, p. 242.

[26] Declaración núm. 52 aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa: «Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia declaran que la bandera que representa un círculo de doce estrellas doradas sobre fondo azul, el himno tomado del «Himno a la Alegría» de la Novena Sinfonía de Ludwig van Beethoven, *la divisa «Unidad en la diversidad»*, el euro en tanto que moneda de la Unión Europea y el Día de Europa el 9 de mayo seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con esta». La cursiva es nuestra.

[27] CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway», *op.cit.*, pp. 205-206.

[28] STJCE de 15 de julio de 1964, Costa c. ENEL, 6/64. La cursiva es nuestra.

[29] STJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, apartado 3. La cursiva es nuestra.

jurídica nacional, en la medida en que limitaba extraordinariamente la influencia de los textos constitucionales en el escenario europeo.

Esta visión absoluta del principio de primacía encuentra como posible contrapartida el reconocimiento por el Tribunal de Justicia de la categoría de las tradiciones constitucionales comunes[30]. Aun tratándose de una referencia genérica e imprecisa sobre la que este Tribunal europeo nunca haya ofrecido particular elaboración, puede erigirse como una incipiente e inmadura vía para canalizar el debido respeto al patrimonio constitucional esencial. En todo caso, dicha categoría jurídica plantea problemas no menores debido a que, como su propio nombre indica, engloba únicamente aquellas características que sean comunes a todos los Estados miembros. Así entendido, no puede más que reconocer aquellos principios constitucionales que sean compartidos por todos ellos, y no los específicos de uno en concreto[31]. En consecuencia, pierde significativamente fuerza el argumento del respeto a la idiosincrasia constitucional por medio de este técnica, existiendo tan solo un solapamiento parcial entra ambas[32]. Así las cosas, va a resultar una categoría jurídica ventajosa para el Derecho supranacional porque va a reconocer un cierto grado de apertura en favor de las realidades constitucionales nacionales sin tener al mismo tiempo que renunciar a su propia primacía, evitando así que los Estados puedan evocar las Constituciones nacionales como una excepción al Derecho comunitario. En definitiva, esta categoría jurídica juega un doble papel en clave de exclusión y de apertura. Por un lado, se excluye toda alusión a criterios de apreciación que tengan su origen en un concreto orden constitucional nacional o, más concretamente, en una Constitución nacional. Por otra parte, se tomarán en cuenta las referencias genéricas a las tradiciones constitucionales comunes siempre que las mismas no atenten contra la unidad y la eficacia del Derecho comunitario[33].

2. Segunda etapa: del Tratado de Maastricht al Tratado de Lisboa

---

[30] *Ibid*., apartado 4: «La observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia; que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad»; STJCE de 14 de mayo de 1974, Nold, 4/73, apartado 13: «El Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados».

[31] *Vid*. CASSESE, SABINO, «The "Constitutional Traditions Common to the Member States" of the European Union», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, 2017.

[32] Respecto de la relación entre tradiciones constitucionales comunes e identidad nacional, *vid*. FISCHERA, MASSIMO y POLLICINO, ORESTE, «The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?», *German Law Journal*, núm. 20, vol. 8, 2019.

[33] STJCE de 13 de diciembre de 1979, Hauer, 44/79, apartado 14: «Establecer criterios particulares de apreciación a partir de la legislación del ordenamiento constitucional de un determinado Estado miembro, iría en contra de la unidad de material y la eficacia del Derecho comunitario y rompería ineluctablemente la unidad del mercado común poniendo en riesgo la cohesión de la Comunidad».

La aprobación del Tratado de Maastricht (1992) constituyó un decidido impulso hacia una mayor integración. Se trata de un verdadero punto de inflexión en la historia europea en virtud del cual se superan los limitados objetivos iniciales para los que nace, circunscritos básicamente a la consecución de un mercado común, para dar paso a la constitución de una comunidad política[34]. La adopción de ese nuevo Tratado trajo consigo importantísimas novedades, que pueden considerarse verdaderos hitos jurídicos del europeísmo. Se incorpora al acervo comunitario la ciudadanía europea, se constituye la Unión Económica y Monetaria y se dan los primeros pasos en ámbitos normativos tan relevantes como justicia, relaciones exteriores y defensa. Por medio de esta reforma se produce, por tanto, una cesión voluntaria y sin precedentes de poderes que va a determinar un aumento, cuantitativo y cualitativo, de las políticas sobre las que la Comunidad Europea va a tener influencia[35]. Y lo que es más importante, se van a asumir competencias que hasta ahora estaban inescindiblemente asociadas al núcleo de soberanía estatal y, de ahí, que no resulte extraño que se hable de la «ansiedad de los Estados» como reacción frente a estos cambios[36].

Todas estas novedades jurídicas van generando un caldo de cultivo propicio para que en las negociaciones que desembocaron en la aprobación del Tratado de Maastricht se decidiera acoger por primera vez el respeto a la identidad nacional en el seno de los Tratados constitutivos. Desde entonces, ha estado presente en todas las versiones convencionales hasta la actualmente vigente. El flamante artículo F.1, ubicado en el Título I bajo la rúbrica «Disposiciones comunes», declaraba[37]:

---

[34] En rigor, no se puede hablar aún del alumbramiento de una verdadera unión política con la llegada del Tratado de Maastricht. Baste pensar en la creación de una estructura en tres pilares según la cual los dos primeros de ellos se basaban en una lógica de cooperación intergubernamental, mientras que tan solo el tercero de ellos se regía por el método de la integración. En consecuencia, no es de extrañar que hiciera fortuna la expresión de una «Europa a pedazos» (*Europe of bits and pieces*) para describir la nueva realidad resultante de la aprobación de dicha reforma. Con todo, existe una percepción generalizada de que a partir de este momento se colocan unos sólidos cimientos para una futura y exitosa unión política. *Vid*. CURTIN, DEIRDRE, «The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces», *Common Market Law Review*, núm. 30, vol. 1, 1993.

[35] GILBERT, MARK, *European Integration. A Concise History*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2011, pp. 149-155.

[36] PONTHOREAU, MARIE C., «Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité constitutionnelle. L'Europe à l'èpreuve des identités constitutionnelles nationales», *Diritto Pubblico Ed Comparato*, 2007, citado por MOUTON, JEAN-DENIS, «Vers la reconnaissance d'un droit à l'identité nationale pour les États membres de l'Union?», en AA.VV., *La France, l'Europe et le monde, Mélanges en l'honneur de J. Charpentier*, Pedone, París, 2008, p. 409.

[37] Ha sido objeto de comentarios el hecho de que el término identidad fuera mencionado en más de una ocasión en el Tratado de Maastricht y que, con la salvedad del artículo F.1, en las dos restantes ocasiones (Preámbulo y artículo B) dicha identidad no estuviera asociada a los Estados miembros, sino a la Unión Europea. Esto podría dar alas a la idea de que existió una voluntad de introducir en la agenda legislativa europea la creación de un sentimiento de pertenencia hacia la propia Unión. En cambio, hay quienes ha interpretado que tales disposiciones se refieren más bien a la idea de «la Unión actuando en la escena internacional como un actor colectivo». En cualquier caso, no deja de suscitar interés que la primera vez que el término «identidad» tiene entrada en el léxico del Derecho supranacional sea objeto de imputación tanto a los Estados miembros como a la incipiente Unión Europea. *Vid.* CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway», *op.cit.*, pp. 215-216.

«La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos».

El Tratado de Ámsterdam de 1997 volvió a recoger la cláusula de identidad nacional (artículo 6.3), sometiendo la misma a cambios menores. El precepto disponía escuetamente que «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros». En un primer momento, la comparación entre esta versión y la precedente revela la supresión de toda mención al principio democrático. En este sentido, un par de novedades incorporadas en el Tratado de Ámsterdam pueden explicar la completa omisión ahora a esa referencia.

En primer lugar, ese mismo artículo 6 en que aparece proclamada la cláusula de identidad nacional añadió en su apartado 1 una declaración en la que se enunciaban los principios de la Unión. Entre los mismos, se contenía el principio de democracia, lo que venía a dotarle de una mayor entidad y autonomía, resultando quizás reiterativa e innecesaria su mención de nuevo en el apartado 3. En segundo lugar, con la llegada del nuevo Tratado se reconoció por primera vez un mecanismo de sanción en caso de violación grave y persistente de los principios a que se refiere el artículo 6.1 (artículo 7[38])[39]. Por todo ello, cabría pensar que la supresión de toda mención al principio democrático en la cláusula de identidad nacional se debió a que la Unión había asumido como proprio ese principio, calmando así tanto el temor de que la Unión no fuera a respetarlo como la inquietud de la apertura de la organización supranacional a futuros Estados europeos de tradición comunista con unas democracias aún débiles.

En cualquier caso, lo cierto es que la nueva formulación de la cláusula de identidad nacional en el artículo 6.3 pasó casi desapercibida, lo cual se explica porque a la misma se la atribuyó en sus inicios una significación más bien política o simbólica[40]. Buena prueba de ello es que no tuvo eco en la jurisprudencia en todos los años en que estuvo en vigor. Posteriormente, el nuevo período de reformas que derivó en la aprobación del

[38] En la versión vigente de los Tratados constitutivos, ese mecanismo de sanción sigue reconociéndose en el mismo precepto sin que le haya afectado ninguna reenumeración.

[39] Sobre los orígenes históricos del artículo 7 TUE y, más concretamente, en relación a la motivación de su incorporación en los Tratados para dar respuesta a los temores que suscitaba futura adhesión de Estados de Europa oriental que apenas habían abrazado los ideales del constitucionalismo liberal, *vid.* KOCHENOV, DIMITRY, «Busting the myths nuclear: A commentary on Article 7 TEU», *EUI Working Paper*, LAW 2017/10, 2017.

[40] «La indicación según la cual "La Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros" tiene una significación evidentemente más política que jurídica. Su inserción en las "disposiciones comunes" se vincula a un contexto de miedos irracionales y de angustias obsidionales que han marcado el desarrollo de las negociaciones y los procesos de ratificación del Tratado de Maastricht. Sin embargo, si no tiene por sí misma ningún valor jurídico, esta disposición expresa una visión de conjunto de la Unión que se encuadra en otras disposiciones que sí tienen una significación jurídica por sí mismas». SIMON, DENYS, «Article F. Commentaire», en CONSTANTINESCO, VLAD, KOVAR, ROBERT y SIMON, DENYS (eds.), *Traité sur l'Union Européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article*, Economica, París, 1995, pp. 88-89.

Tratado de Niza (2001) no comportó ninguna modificación para la cláusula de identidad nacional, que se mantuvo inalterada.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004) -en adelante, Tratado Constitucional o Constitución europea- introdujo relevantes cambios por lo que se refiere a la cláusula de identidad nacional. De hecho, fue una cuestión que estuvo presente en las discusiones de la Convención europea desde los primeros instantes[41]. En particular, el artículo I-5.1 del Tratado Constitucional afirmaba que:

> «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional».

El artículo I-5.1 se situaba en el Título I de la Primera Parte bajo la rúbrica «Relaciones entre la Unión y los Estados miembros». Este precepto precedía inmediatamente al polémico art. I-6, por el que se declaraba el principio de primacía del Derecho de la Unión. Se trataba de la primera vez que el mismo era afirmado expresamente en los Tratados, ya que hasta entonces únicamente había tenido acogida en la jurisprudencia comunitaria y, todo ello, a pesar de que su reconocimiento por el Tribunal de Justicia se remontase a los inicios del proyecto de construcción europea.

Su ubicación sistemática no es en absoluto baladí porque es precisamente a partir de esta consideración que numerosos autores han atribuido un particular cometido al art. I-5.1 del Tratado Constitucional. De acuerdo con una parte de la doctrina, la cláusula de identidad nacional se erige como una excepción al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, que puede ser esgrimida unilateralmente, bajo ciertas circunstancias, por los Estados miembros cuando aprecien una vulneración de su respectiva identidad nacional[42]. En otras palabras, existe una nutrida corriente de pensamiento que sostiene que la cristalización de la cláusula de identidad nacional en el Derecho primario responde a una suerte de codificación en el propio texto de los Tratados de la doctrina de los *controlimiti* elaborada por los Tribunales Constitucionales domésticos[43]. En este sentido, se ha interpretado como un reconocimiento en favor de los Tribunales nacionales de la posibilidad de limitar la aplicación del Derecho de la Unión en caso de violación de los

---

[41] *Vid*. Anteproyecto del Tratado Constitucional, CONV 369/02, 28 de octubre 2002, p. 8.

[42] BESSELINK, LEONARD, «National and Constitutional Identity Before and After Lisbon», *Utrecht Law Review*, núm. 6, vol. 3, 2010, p. 44; VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, núm. 48, vol. 5, 2011, p. 1419.

[43] MARTINICO, GIUSEPPE, «What lies behind Article 4(2) TUE», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 94-96; VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1419.

principios constitucionales básicos e irrenunciables del ordenamiento nacional y, por tanto, consintiendo una relativización de la primacía europea. Por el contrario, otros autores han adoptado una postura que nos parece más acertada en la medida en que comporta una interpretación menos conflictiva y más armónica para el conjunto del sistema constitucional europeo[44]. Subrayando la autonomía del ordenamiento supranacional, han considerado que, más bien, se han europeizado tales límites en el sentido de que los mismos forman parte del proprio del Derecho originario y corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia admitir o no una excepción a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión[45]. Entendido en estos términos, no existe afección alguna al principio de primacía en la medida en que es el propio Derecho supranacional el que reconoce una posible respuesta diferenciada en atención a consideraciones nacionales de orden constitucional.

De todos modos, cualquiera que sea la posición que se asuma, de lo que no hay duda es que el primero de estos planteamientos fue inequívocamente rechazado por la Convención europea, que declaró sin ambigüedades que la identidad nacional no es una *derogation clause* o «cláusula de excepción»[46]. Continuaba afirmando el Informe final sobre competencias complementarias que «Los Estados miembros seguirán sujetos al deber de respetar las disposiciones de los Tratados». A partir de dicha aseveración se puede entender que no está permitida la alegación de la identidad nacional como una excepción al cumplimiento de las obligaciones que el Tratado impone a los Estados miembros y, por tanto, no da pie a una posible limitación al principio de primacía con base en el nuevo artículo I-5.1. No es menos importante la indicación de que, en el caso de que se otorgaran competencias al Tribunal de Justicia sobre la citada cláusula, solo al mismo correspondería ser el intérprete último de la misma, lo que viene a contradecir el papel de guardianes de la identidad nacional que se arrogan los Tribunales Constitucionales nacionales.

La nueva redacción de la cláusula fue fruto de la labor encomendada al Grupo de Trabajo V sobre competencias complementarias, bajo la presidencia de Henning Christophersen, siendo conocida por ello como «cláusula Christophersen». El estudio de los trabajos preparatorios del Tratado Constitucional es especialmente iluminador a los efectos de conocer las motivaciones que la inspiraron y los debates que rodearon a la Convención europea y, por lo que a nosotros específicamente nos interesa, las discusiones suscitadas en el mencionado Grupo de Trabajo V[47].

---

[44] FEDERICO, GIACOMO DI, «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali», *Quaderni costituzionali*, vol. 2, 2019, pp. 338-339.

[45] CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway», *op.cit.*, p. 207; CODINANZI, MASSIMO, «I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare», en NASCIMBENE, BRUNO (dir.), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Giuffrè, Milán, 2015, p. 119.

[46] Final Report on Working Group V, CONV 375/1/02 REV 1, 4 de noviembre de 2002, p. 11.

[47] Para un estudio en detalle sobre los trabajos preparatorios del Tratado Constitucional centrados en la cláusula Christophersen, *vid.* GUASTAFERRO, BARBARA, «Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional

En primer lugar, se aprecia claramente la estrecha relación que existía entre la nueva cláusula Christophersen y la regulación de las competencias en el orden jurídico europeo, tal y como se desprende del propio nombre del grupo de trabajo, que se refiere a las competencias complementarias[48]. Esta misma conclusión sobre la íntima conexión entre la cláusula y la regulación de las competencias se puede extraer si atendemos a la primera propuesta de redacción de la cláusula:

> «*Cuando ejerza sus competencias*, la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, también en lo referente a la autonomía regional y local y el estatuto jurídico de la Iglesias y órganos religiosos»[49].

No obstante, lo cierto es que este primer inciso del precepto («cuando ejerza sus competencias») fue eliminado de la redacción final del artículo I-5.1 del Tratado Constitucional. Aun así, existe un copioso número de documentos de trabajo en el seno del Grupo de Trabajo V que consideran la cláusula Christophersen como una «disposición general sobre el ejercicio de competencias» en pie de igualdad con otros instrumentos que cumplen la misma función como es el caso del principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad[50].

Debe aclararse que, con anterioridad al Tratado de Lisboa, no existían categorías generales de competencias y, por tanto, la actual clasificación tripartita (competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias de apoyo, coordinación y complemento) es deudora de la última de las reformas. En este estado de cosas, es fácil comprender que existiera un consenso acerca de la necesidad de establecer una delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros que fuese más clara y cercana a los ciudadanos[51]. Existen pocas dudas acerca de que la voluntad era, más que establecer un reparto neutral de poderes entre la Unión y los Estados, limitar las

---

Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause», *Yearbook of European Law*, núm. 31, vol. 1, 2012, pp. 263-318.

[48] El Grupo de Trabajo V fue encargado de contribuir a una clara delimitación competencial y, en particular, su objeto de trabajo fueron las competencias complementarias. A estos efectos, le correspondía ofrecer respuestas a diversos interrogantes, entre otros, la definición de las competencias complementarias, los ámbitos de actuación de las mismas y, todo ello, en conexión con el debate general sobre las competencias de la Unión. *Vid*. Nota de Mr. Henning Christophersen a la Convención, Mandate on the Working Group on Complementary Competences, CONV 75/02, 31 de mayo de 2002.

[49] Working Group V, Working Document 20, «The division of competences between the Union and the Member States», Bruselas a 4 de septiembre de 2002, p. 20. La cursiva es nuestra. Traducción propia.

[50] *Vid.*, entre otros, Working Document 9, Working Group V, 15 de julio de 2002, pp. 4-5; Final Report on Working Group V, CONV 375/1/02 REV 1, 4 de noviembre de 2002, p. 10: «El propósito [del Grupo de trabajo V] sería el de ofrecer una mayor transparencia sobre cuáles son los elementos esenciales de la identidad nacional que la Unión debe respetar *en el ejercicio de sus competencias*». La cursiva es nuestra.

[51] Working Group V, Working Document 5, Highlighting the limits of EU competence, 11 de julio de 2002, p. 2.

competencias que le correspondían a la primera[52]. Esa voluntad encuentra su base en un miedo latente al fenómeno conocido como *compentence creep*, es decir, a la posibilidad de una trasferencia o deslizamiento de competencias en favor de la Unión por medio de diferentes cauces y, quizás de manera más acentuada, por medio del mero ejercicio de las mismas por parte de la organización supranacional que vaya reduciendo las correspondientes a los Estados.

El presidente del Grupo de Trabajo V planteaba la posibilidad de abordar la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros desde la perspectiva de estos últimos. Se preguntaba más concretamente si sería posible ofrecer a los ciudadanos un marco jurídico comprensible sobre los derechos y las competencias que corresponden a los Estados[53]. Para ello, se tuvieron muy presentes dos órdenes de consideraciones: no inducir al error de que las competencias son concedidas por parte de la Unión a los Estados -para lo cual la denominación de cada una de las tipologías fue objeto central de preocupación- y conceder un cierto margen de flexibilidad que permitiera un funcionamiento eficaz[54]. El presidente ofreció cuatro posibles alternativas o modelos para dar respuesta a la tarea que le fue encomendada al grupo de trabajo, que esencialmente venía a responder a la siguiente pregunta: ¿cómo proteger las competencias restantes en manos de los Estados miembros?[55]

El primer modelo, *Community Model*, consistía en una delimitación negativa de las competencias de la Comunidad y, con este objeto, se debía proceder «párrafo a párrafo del Tratado y ámbito competencial a ámbito competencial y especificar, donde fuere preciso, los derechos y poderes de los Estados miembros merecedores de protección». Incorporaba además una serie de materias sobre las que se descartaba la posibilidad de armonización. En segundo lugar, el *Constitutional Model* proponía incluir en la parte introductoria del Tratado una nueva disposición sobre las áreas reservadas a los Estados y, en concreto, debía incluir: a) una formulación explícita del principio según el cual las competencias no transferidas a la Unión seguirán siendo de titularidad de los Estados miembros, b) una enumeración no exhaustiva de las materias de competencia nacional más relevantes y c) una o más cláusulas que se ocupen de la delimitación de las competencias funcionales frente a las áreas reservadas a los Estados[56]. En tercer lugar, el *Political Model* sugería la elaboración, o bien de una mera declaración política que enunciara de manera general las competencias correspondientes a los Estados, o bien

---

[52] GUASTAFERRO, BARBARA, «Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause», *op.cit.*, p. 272.
[53] Working Group V, Working Document 5, Highlighting the limits of EU competence, p. 2, 11 de julio de 2002.
[54] *Ibid.*
[55] Cada uno de los modelos a los que haremos referencia -*Community Model*, *Constitutional Model*, *Political Model* y *Union Model*- son esbozados y desarrollados en el Working Group V, Working Document 5, 11 de julio de 2002, Highlighting the limits of EU competence, pp. 2-3. Por motivos didácticos, hemos preferido alterar el orden en el que aparecen citados en el documento original.
[56] Terminológicamente, se suele diferenciar en el léxico sobre competencias en el Derecho de la Unión Europea entre competencias funcionales, que son aquellas que se basan en objetivos, y competencias sectoriales, que son las que se basan en concretas áreas competenciales.

elaborar una «Carta de Derechos de los Estados miembros» - a imagen y semejanza de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea- en forma de una declaración solemne y política que apaciguara el ánimo de los ciudadanos sobre la naturaleza limitada de la acción de la Unión Europea. Por último, el *Union Model* tomaba como punto de partida el art. 6. 3 del TUE y se planteaba la posibilidad de reformar el mismo añadiendo todas aquellas áreas que presentan una particular sensibilidad para los poderes soberanos de los Estados.

De entre todos los modelos esbozados, la última de las propuestas parece ser que, siempre siguiendo el propio Working Document V, fue la que reunía un mayor número de ventajas. Así pues, el *Community Model* presentaba la virtud de ser «jurídicamente impecable», pero, al mismo tiempo, difícilmente podía ser considerado como una alternativa simple y fácilmente comprensible para los ciudadanos. El *Constitutional Model*, por su parte, debía sortear el problema de que una lista enumerando las competencias reservadas a los Estados indujera al error ya señalado de que los Estados miembros derivaban sus competencias de la Unión. El *Political Model*, como puede advertirse, era sencilla de aplicar, pero presentaba el inconveniente de tratarse de una declaración jurídicamente no vinculante. Nos resta, por tanto, el *Union Model*, que reunía tres significativos beneficios: «está ya integrado en los Tratados», «es fácil de expandir el ámbito de aplicación a asuntos relevantes para los ciudadanos» y es «flexible»[57].

Habiendo optado por el *Union Model*, el Grupo de Trabajo se embarcó en la discusión de precisar el contenido de la cláusula Christophersen y, en este sentido, se subrayaron dos áreas de «responsabilidades nacionales nucleares». Por un lado, «las estructuras fundamentales y las funciones esenciales de los Estados miembros» que incluiría «las estructuras políticas y constitucionales, la autonomía regional y local, el estatuto jurídico de las Iglesias y las sociedades religiosas, territorio, defensa nacional y la organización de las fuerzas armadas y las lenguas». Por otra parte, «las políticas públicas básicas y los valores sociales de un Estado miembro», que comprenderían, «las políticas de distribución de los ingresos, la imposición de impuestos, los beneficios sociales, el sistema de salud pública, el sistema educativo, la preservación y desarrollo cultural y el servicio militar obligatorio»[58]. Es preciso añadir que sendas enumeraciones contienen una lista no exhaustiva de las competencias reservadas a los Estados miembros, como es fácil colegir de la redacción del documento original que alude al carácter de *numerus apertus* de la mencionada relación de materias.

Si comparamos la propuesta de redacción de la cláusula de identidad nacional con el artículo I-5.1, se observa que los autores de los Tratados incluyeron prácticamente todas las materias correspondientes a «las estructuras fundamentales y a las funciones

[57] Working Group V, Working Document V, Highlighting the limits of EU competences, 11 de julio de 2002, p. 3.
[58] Working Group V, Working Document 30, REV 1, Revised Draft Report, 25 de octubre de 2002, p. 11.

esenciales del Estado»[59], pero excluyeron todas aquellas correspondientes a «las políticas públicas básicas y los valores sociales de un Estado miembro». Esa exclusión de ciertos ámbitos normativos de la versión definitiva del Tratado Constitucional no se justifica porque no merecieran protección, sino porque se prefirió un modo alternativo para protegerlas mediante la inclusión de algunas de ellas en el ámbito de las competencias de apoyo, coordinación y acción complementaria de la Unión[60]. De este modo, el Tratado Constitucional eligió un modelo dual para las materias que previamente había señalado como áreas reservadas a los Estados. El resultado parece ser una combinación del *Union Model* y del *Community Model*, pues ofrecía protección a tales materias ya sea por medio de una cláusula de identidad nacional expandida respecto del precedente art. 6.3 del Tratado de Ámsterdam, ya sea mediante la inclusión de ciertos ámbitos competenciales al amparo de preceptos que descartaban la posibilidad de armonización. Eso sí, esa omisión de ciertas materias en la versión finalmente aprobada también delimita el alcance de la cláusula de identidad nacional, reduciendo un ámbito de aplicación potencialmente muy amplio.

En definitiva, la aportación histórica del Tratado Constitucional al debate sobre la identidad nacional es innegable, aunque solo fuera porque la redacción vigente de la cláusula es en gran medida deudora de los trabajos preparatorios que precedieron a su aprobación. Gracias a los mismos ha sido posible conocer en detalle la intención de los autores, que encuadraron su regulación en el marco del régimen de las competencias. Numerosos documentos así lo atestiguan y, a este respecto, es particularmente clara la denominación del nombre del grupo encargado de su redacción (Grupo V sobre competencias complementarias), el objetivo propuesto («aclarar que la Unión respeta ciertas responsabilidades claves de los Estados miembros»), o el lenguaje empleado para referirse a las materias incluidas en la cláusula («responsabilidades nacionales nucleares»). De todos modos, la anterior afirmación debe ser matizada porque algunos de los debates no fructificaron en la redacción final. En este sentido, se eliminó el primigenio inciso inicial del precepto «cuando ejerzan sus competencias» y la ubicación final no fue el Título II dedicado a las competencias, sino el Título I que presenta un carácter más general. Por todo ello, entre los dos grandes elementos integrantes de la cláusula de identidad nacional («estructuras fundamentales políticas y constitucionales» y «funciones esenciales del Estado»), parecen más bien guardar una íntima vinculación con el sentido que encierra el segundo de ellos, asistiendo en la tarea de delimitar cuáles son aquellos poderes que conforman lo que podríamos denominar como condiciones mínimas de estatalidad.

---

[59] Únicamente hubo dos materias propuestas por el Grupo de trabajo V dentro del grupo de «estructuras fundamentales y funciones esenciales del Estado» que fueron eliminadas de la versión final: el estatuto jurídico de las Iglesias y las sociedades religiosas y las lenguas. Las primeras fueron reguladas separadamente en el art. I-52 del Tratado Constitucional bajo el Título VI «De la vida democrática de la Unión» y las segundas carecen de un tratamiento sistemático en el mismo, sin perjuicio de que sean tomadas en consideración en diferentes partes del Tratado (entre otros, no discriminación, derechos de los ciudadanos o lenguas oficiales).

[60] GUASTAFERRO, BARBARA, «Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause», *op.cit.*, p. 286.

En otro orden de cosas, otra de las aportaciones de este Tratado es el de poner en cuestión algunas teorías doctrinales muy difundidas, puesto que no avala la consideración de esa disposición como una cláusula de excepción ni tampoco la argüída relativización del principio de primacía. Asimismo, ha contribuido a ofrecer una mayor claridad sobre el contenido y el significado de la hasta entonces enigmática y oscura cláusula de identidad nacional mediante una enumeración de ámbitos o esferas que forman parte de la misma. Además, la identidad nacional ha reforzado su presencia en el propio Tratado mediante la incorporación de otros preceptos que redundan en la misma idea de respeto a la diversidad nacional a través de diferentes manifestaciones[61].

Pese a su rechazo, las innovaciones introducidas en el Tratado Constitucional no cayeron en saco roto como consecuencia de su abandono tras el «no» de Holanda y Francia en sendos referéndums en mayo-junio de 2005, y su impronta se ha dejado sentir nítidamente, tal y como analizaremos a continuación, en la próxima y última reforma de los Tratados.

3. Etapa actual: el Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa, actualmente en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, recoge la tradición que se ha ido consolidando de incorporar la cláusula de identidad nacional en el Derecho primario. El artículo 4.2 TUE dispone:

> «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

En comparación con el texto de la malograda Constitución europea, el presente Tratado revela que las novedades introducidas por este son, a primera vista, menores. El único cambio en la redacción consiste en la introducción de la oración final concerniente a la seguridad nacional que, por otra parte, resulta repetitiva y parece no añadir nada nuevo respecto a la proposición que la precede. La única justificación a esta ampliación sólo puede responder, si acaso, a una voluntad de enfatizar la idea de que la seguridad nacional es un ámbito restringido a los Estados y, por consiguiente, vedado a la Unión[62].

---

[61] A estos efectos, nos remitimos al artículo I-3.3, Preámbulo de la Carta, artículo II-82 y al artículo II-113.

[62] En todo caso, los trabajos preparatorios del Tratado de Lisboa no dejan constancia alguna sobre la motivación o justificación de la introducción de esta última frase al art. 4.2 TUE. En relación al contenido de las negociaciones entabladas durante los trabajos preparatorios que condujeron a repetir o, si se prefiere, enfatizar que la seguridad nacional constituye una responsabilidad exclusiva de los Estados, *vid*. PRIOLLAUD, FRANÇOIS-XAVIER y SIRITZKY, DAVID, *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire*

Asimismo, no está demás mencionar que, en línea con las modificaciones generales operadas sobre este Tratado con la finalidad de eliminar toda reminiscencia de terminología constitucional[63], se sustituye en la cláusula el término «Constitución» por el de «Tratados». Una mayor atención merece la nueva ubicación del reformado precepto.

El nuevo art. 4.2 TUE se localiza en el Título I bajo la rúbrica «Disposiciones comunes» (artículos 1 a 8), que contiene algunos preceptos claves del Derecho de la Unión como son sus valores (art. 2), sus objetivos (art. 3), los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5) y el respeto a los derechos fundamentales (art. 6). Más concretamente, el art. 4 se ocupa, aunque no lo haga expreso como sucedía con el Tratado Constitucional, de las relaciones entre la Unión y los Estados miembros. Así, contiene el principio de atribución (apartado 1), que no es más que una reiteración del art. 5.2 TUE *in fine*[64]; el principio de igualdad de los Estados miembros, el respeto a la identidad nacional y las funciones esenciales del Estado (apartado 2); el principio de cooperación leal (apartado 3).

El principio de primacía, que había sido ubicado inmediatamente después de la cláusula de identidad nacional en la Constitución europea, es ahora desgajado del articulado, resultando rebajado su estatus formal, que no en su operatividad material, a una mera Declaración[65]. Efectivamente, esta decisión se encuadra en el mandato del Consejo Europeo a la CIG de 2007, que se inspira en la idea de despojar al nuevo Tratado de toda apariencia constitucional. De este modo, el artículo I-6 Tratado Constitucional fue sustituido por la Declaración núm. 17 relativa a la primacía que dispone que «los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros» en los términos previstos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A todo ello, se suma un dictamen del Servicio Jurídico del Consejo que refuerza la anterior declaración[66]. La eliminación de la cláusula de primacía y su sustitución por una simple Declaración sitúan a la cláusula de identidad nacional en un marco distinto en el que las posibles interpretaciones sistemáticas que conectaban ambas

---

article par article des noveaux traités européens (TUE-TFUE), La Documentation Française, París, 2008, p. 39.

[63] *Vid*. Mandato para la CIG 2007, Anexo, apartado 3, Consejo Europeo, 11177/1/07 REV 1, 21-22 de junio de 2007, p. 16: «El TUE y el Tratado de Funcionamiento de la Unión no tendrán carácter constitucional. La terminología utilizada a lo largo de los Tratados reflejará este cambio: el término "Constitución" no se utilizará».

[64] Igualmente, la Declaración núm. 18, anexa al Acta Final del Tratado de Lisboa, relativa a la delimitación de las competencias, en su párrafo primero, prevé de nuevo que «las competencias que los Tratados no hayan atribuido a la Unión serán de los Estados miembros».

[65] En relación a la trascendencia jurídica de esa confusa reubicación de la cláusula de primacía, *vid*. CRAIG, PAUL y BÚRCA, GRÁINNE DE, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 7ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 325-327.

[66] Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007: «Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64, el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

se debilitan. Por tanto, aun habiéndose utilizado prácticamente los mismos términos para redactar el artículo 4.2 TUE que los empleados para su precedente, con la salvedad de la última oración, el nuevo contexto permite refutar anteriores hipótesis sobre su alcance. En concreto, a partir de ahora, es posible rebatir con mayor fundamento las anteriores afirmaciones que sostenían que la cláusula de identidad nacional tenía por función la de servir de excepción al principio de primacía y, con ello, rebajar el principio de primacía a un principio relativo, y no absoluto.

Debe tenerse presente que la cláusula de identidad nacional no es la única referencia en el Derecho primario que incide sobre este particular. Solo existen dos en todo el Derecho originario y, junto con el art. 4.2 TUE, podemos encontrar otra mención a la misma contenida en el párrafo tercero del Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El estudio de dicho párrafo en este apartado dedicado a la evolución histórica se justifica porque no es sino hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 que la Carta goza de fuerza vinculante. Es por ello que forma parte del final de nuestro recorrido histórico, pero separadamente a la cláusula de identidad nacional por integrarse en un texto jurídico diferenciado. Corresponde interrogarse sobre las relaciones entre la fórmula central elegida por los autores de los Tratados para la protección de la identidad nacional y el párrafo tercero del Preámbulo a los efectos de conocer si el mismo puede aportar valor a aquella, ya sea desde la perspectiva interpretativa o aplicativa.

Por lo que se refiere a la interpretación, es preciso comenzar por hacer mención las Explicaciones de la Carta, que constituyen un instrumento hermenéutico de enorme utilidad para conocer el significado de sus disposiciones[67]. Sin embargo, lo cierto es que tales Explicaciones no se extienden también al propio Preámbulo. Esta situación ha sido una constante desde la primera formulación de las mismas por el Praesidium de la Convención del 2000, lo cual ha suscitado dudas respecto de su valor jurídico[68].

Tomando como punto de partida la naturaleza jurídica de la Carta como tratado internacional -baste a este respecto recordar la equiparación así fijada por el art. 6.1 TUE-, serán de aplicación las normas de interpretación propias del Derecho Internacional. En este sentido, el art. 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 declara que el Preámbulo forma parte del contexto del Tratado y deberá tenerse en cuenta en el momento de interpretar las disposiciones de la Carta. Asimismo, se ha afirmado que

---

[67] Sobre el debate en torno al valor interpretativo de las Explicaciones de la Carta, ya sea como una interpretación auténtica de la misma, ya sea simplemente como unos meros trabajos preparatorios, *vid*. JACQUÉ, JEAN P., «The Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union», en PEERS, STEVE, HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A commentary*, Hart, Oxford, 2014; ZILLER, JACQUES, «Le fabuleux destin des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», en AA.VV., *Chemins d'Europe: Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010.

[68] SOBRINO HEREDIA, JOSÉ M., «Preámbulo», en MANGAS MARTÍN, ARACELI (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 92.

sirve para «esclarecer la intención de los autores de las normas contenidas en el cuerpo de la misma [la Carta], así como su sentido. El Preámbulo permitirá al intérprete de la Carta conocer mejor el objeto y fin de la misma»[69]. Del mismo modo, existen pronunciamientos por parte de la jurisprudencia europea en los que expresa su parecer sobre el valor jurídico de los preámbulos de los Tratados comunitarios e, incluso más concretamente, sobre el mismo Preámbulo de la Carta. Respecto a este último particular, el Tribunal de Justicia reconoció la posibilidad de hacer uso del mismo como criterio de interpretación que nos puede asistir para conocer los objetivo de la Carta[70]. Estos breves apuntes nos pueden conducir a al menos un par de consideraciones de interés, esto es, el carácter jurídico del Preámbulo y su utilidad a los efectos de conocer la intención de los autores, sus objetivos y fines. Estas afirmaciones presentan un carácter general que será necesariamente completado a continuación cuando procedamos al examen concreto del contenido relativo a la identidad nacional.

El Preámbulo de la Carta se estructura en torno a siete párrafos o apartados. Como avanzábamos anteriormente, el párrafo tercero contiene la mención a la identidad nacional y dispone:

> «La Unión contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento».

Este tercer párrafo identifica los objetivos de la Unión en relación con sus valores fundadores y los organiza en torno a tres ejes: contribución a la preservación y al desarrollo de los valores de la Unión, la promoción de un desarrollo equilibrado y sostenible y la puesta en marcha de las cuatro grandes libertades[71]. Nosotros nos limitaremos a centrar nuestra atención en el primero de los ejes enumerados, que es el que contiene la reiterada mención objeto de nuestro estudio. La Carta en su Preámbulo «sitúa a la persona en el centro de su actuación» y, a partir de ahí, reconoce a la persona o individuo como el único sujeto de derecho; ahora bien, esa consideración la hace compatible con la idea de grupo o identidad colectiva que también es un bien jurídico merecedor de protección[72]. A partir de aquí, se diferencia en la Carta entre derechos de

---

[69] *Ibid*. p. 93.

[70] STJCE de 27 de junio de 2006, Parlamento c. Consejo, C-540/03, apartado 38: «El objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar «los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»".

[71] LEVADE, ANNE, «Préambule», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, LEVADE, ANNE y PICOD, FABRICE (dirs.), *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européene. Comentaire article par article. Tome* 2, Bruylant, París, 2005, p. 13.

[72] CARRILLO, MARC, «Los derechos fundamentales en la Constitución europea», en VIDAL-BENEYTO, JOSÉ (coord.), *El reto constitucional de Europa*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 228.

titularidad individual frente a derechos de titularidad individual que presentan una dimensión colectiva, siendo en este caso la identidad nacional un elemento que nos permite identificar los derechos perteneciente al segundo de los grupos indicados[73].

En suma, los Preámbulos de los Tratados son, con carácter general, considerados poco más que un apéndice auxiliar que merece una atención muy residual. El caso del Preámbulo de la Carta no constituye una excepción a la regla general y un buen testimonio de ello es la ausencia de unas Explicaciones al mismo y el reducido número de comentarios por parte de la doctrina[74]. La redacción de un Preámbulo se considera un «arte» difícil porque «es más indicativo que imperativo» y «más literario que jurídico»[75]. En nuestro caso particular, hemos puesto de manifiesto el valor jurídico del Preámbulo como instrumento hermenéutico de indudable valor para conocer mejor la intención de los autores y el objeto y fin de la Carta. Tal y como han subrayado numerosos autores, la conexión entre la referencia entre la identidad nacional expresada en el párrafo tercero y las diferentes formulaciones de la cláusula de identidad nacional a lo largo del tiempo son evidentes. Sus principales méritos pueden ser los de subrayar la relevancia de la identidad nacional en el marco jurídico europeo -como así se desprende de su localización en el friso de entrada de uno de los textos centrales del ordenamiento jurídico de la Unión-, su conexión con los valores y los objetivos de la Unión y reforzar su carácter de principio de la misma que debe proyectarse o irradiarse en toda su acción. De todos modos, como puede apreciarse, su valor es muy limitado debido a que no nos ofrece información adicional que pueda ser de utilidad desde el punto de vista interpretativo o aplicativo. Aun así, siendo la única mención en el Derecho primario que alude a la identidad nacional más allá del artículo 4.2 TUE, entendemos que podría haber sido aventurado ignorar las posibles implicaciones teóricas o prácticas que pudieran revelarse de su estudio.

II. Caracterización general: concepto y naturaleza jurídica

1. Concepto

La identidad nacional es ampliamente considerada como un «concepto esencialmente controvertido», existiendo importantes dudas que se ciernen tanto sobre su sentido como sobre su alcance[76]. Son numerosos los autores que han coincidido en advertir que se trata de una noción difícil de aprehender, habiendo sido reiteradamente caracterizada como vaga y ambigua[77]. Conviene no solo contribuir a desentrañar cuál es

[73] *Ibid*. p. 229.
[74] LEVADE, ANNE, «Préambule», *op.cit.*, p. 3.
[75] BRAIBANT, GUY, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, París, 2001, p. 83.
[76] ROSENFELD, MICHEL, «Constitutional Identity», en ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 756.
[77] Es un lugar común entra la doctrina la caracterización de la identidad nacional como una noción vaga y ambigua. *Vid*., entre otros, GREWE, CONSTANCE y RIDEAU, JÖEL, «L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne: flash back sur le "coming-out" d'un concept ambigu», en COHEN-

su significado, sino que es importante hacer un esfuerzo adicional a partir del cual sea posible contar una definición precisa y concisa que ofrezca ciertas dosis de certidumbre y resulte de utilidad para todos los operadores jurídicos. En pocas palabras, la cuestión central a la que corresponde responder en estos momentos es qué se entiende por identidad nacional.

Una primera aproximación a esta noción nos conduce a un ineludible debate doctrinal en el que es posible discernir dos corrientes bien diferenciadas. Son posiciones a las que podemos identificar bajo la denominación de jurídico-constitucional e histórico-cultural, respectivamente[78]. En estas discusiones, nos sumamos con convicción al primero de tales movimientos por las razones que más detenidamente expresaremos.

Por un lado, la doctrina se ha posicionado mayoritariamente[79] en favor de una conceptualización estrictamente jurídica en virtud de la cual se identifica a la identidad nacional con una serie de principios fundamentales reconocidos en las propias Constituciones nacionales[80]. Entre tales principios, sería posible incluir un primer grupo de principios constitucionales comunes a todos los Estados miembros -dignidad humana, Estado de derecho, derechos fundamentales- y un segundo colectivo integrado por otros específicamente nacionales, que no son compartidos entre todos ellos. Esta postura ha ganado fuerza con la última reforma de los Tratados a partir de la cual se supera la excesiva brevedad de la redacción esta cláusula mediante la incorporación de expresas referencias constitucionales.

Por otro lado, una parte minoritaria de la academia extrae la noción de identidad nacional de factores externos a la Constitución nacional, los cuales merecen una especial protección con independencia de que aparezcan o no reconocidos en ese instrumento jurídico[81]. Así pues, están más ligados a una serie de características históricas, sociales y

---

JONATHAN, GERARD, CONSTANTINESCO, VLAD y MICHEL, VALERIE (dirs.), *Chemis d'Europe: mélange en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010; VIALA, ALEXANDRE, «Le concept d'identité constitutionnelle: Approche théorique», *op.cit.*

[78] Una división semejante entre dos grandes líneas doctrinales y jurisprudenciales respecto del concepto de identidad nacional ha sido propuesta por Spieker. SPIEKER, LUKE D., «Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts», *Common Market Law Review*, núm. 57, vol. 2, 2020, pp. 368-369.

[79] Entre otros, *vid.* VAN DER SCHYFF, GERHARD, «The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2)», *op.cit.*, pp. 567-568; VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1427.

[80] SPIEKER, LUKE D., «Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts», *Common Market Law Review*, núm. 57, vol. 2, 2020, p. 368.

[81] En defensa de una noción amplia que abarque igualmente el componente social y cultural, *vid.* BESSELINK, LEONARD F.M., «National and Constitucional Identity Before and After Lisbon», *op.cit.*, pp. 42-44; Conclusiones de la AG J. Kokott de 4 de septiembre de 2008, UTECA, C-222/07, apartado 93: «El respeto y el fomento de la diversidad de sus culturas constituye una tarea transversal del conjunto de su actividad (artículo 151 CE, apartado 4), es decir, también en relación con la legislación sobre los servicios audiovisuales, y, por último, constituye una expresión del respeto que muestra la Unión Europea por la identidad nacional de sus Estados miembros (artículo 6 UE, apartado 3).

culturales vinculados a la idiosincrasia de una comunidad política[82]. Podría decirse que se trata de una noción más extensa que la defendida mayoritariamente por la doctrina o, para ser más precisos, acumulativa, debido a que suma una serie de elementos a los ya contemplados en la concepción jurídico-constitucional. Rechazando esta aproximación conceptual, Denys Simon se ha expresado en términos muy ilustrativos cuando descarta que diversas expresiones nacionales ajenas a la Constitución «como la calidad de los productos vitivinícolas, la tauromaquia, las peleas de gallos o la defensa del *foie gras*» puedan tener cabida en esa categoría jurídica[83]. En cualquier caso, no sostenemos que la defensa del patrimonio histórico o cultural de un Estado miembro sea una cuestión desatendida en el marco del Derecho de la Unión Europea. De hecho, existen referencias en el Tratado que apuntan en el sentido contrario. En este punto, sin perjuicio de otras menciones más específicas en el Derecho primario y secundario, baste señalar el artículo 167 TFUE, bajo la rúbrica «Cultura» (Título XIII), que declara el respeto a la diversidad cultural nacional y regional y, al mismo tiempo, la Unión se compromete a contribuir a su florecimiento [84]. Otra cosa muy distinta es el ámbito de la cláusula de la identidad nacional, el cual, a nuestro juicio, no se extiende para abarcar igualmente esta vertiente cultural[85].

Un ejemplo paradigmático de una autoridad que se ha posicionado en favor de esta peculiar conceptualización de la identidad nacional es el Tribunal Constitucional de Hungría en el marco de una deriva autoritaria y populista impulsada desde la llegada al poder de Viktor Orbán en el año 2011[86]. Tras una fallida reforma constitucional, conocida como la Séptima Enmienda, para incorporar la identidad nacional en el propio texto constitucional, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en el asunto AB a finales del año 2016[87]. En este sentido, en uno de los pasajes claves de la mencionada sentencia se adujo que:

---

[82] *Ibidem*.

[83] SIMON, DENYS, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union Européenne», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris, 2011, p. 43.

[84] Se pueden identificar otras referencias en el propio texto de los Tratados y, a este respecto, conviene añadir que el respeto, conservación y desarollo del patrimonio cultural europeo constituye uno de sus objetivos (artículo 3.3 TUE) y es igualmente mencionada en el artículo 6 TFUE en el eleco de materias respecto de las cuales la Unión tan solo ostenta una competencia de apoyo, coordinación y complemento.

[85] En términos semejantes, defendiendo que el respeto a la diversidad cultural excede del ámbito de aplicación del artículo 4.2 TUE, sin perjuicio de su previsión normativa en otras disposiciones de los Tratados, *vid*. VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, pp. 1427 (nota al pie núm. 46 *in fine*) y 1430.

[86] Adoptando una posición crítica respecto a esta doctrina judicial, *vid.* KOVÁCS, KRISZTA, «The Rise of an Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts», *German Law Journal*, núm. 18, vol. 7, 2017; KÖRTVÉLYESI, ZSOLT y MAJTÉNYI, BALÁZS, «Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary», *German Law Journal*, núm. 18, vol. 7, 2017.

[87] Para un análisis general de esta sentencia desde el punto de vista de su incidencia en la creación de una doctrina judicial sobre la identidad, *vid*. BAKÓ, BEATA, «The Zauberlehrling Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court's Case Law on Identity -, *Ultra Vires*- and Fundamental Rights Review in Hungary», Zeitschrift für ausländisches öfentliches Recht und Völkerrecht, núm. 78, vol. 4, 2018; HALMAI, GÁBOR, «Abuse of constitutional identity: the Hungarian constitutional court on

> «El Tribunal Constitucional de Hungría interpreta el concepto de identidad constitucional como la identidad propia de Hungría y despliega el contenido de este concepto caso por caso, sobre la base de toda la Ley Fundamental y de determinadas disposiciones de la misma, de acuerdo con el Juramento Nacional y los logros de nuestra constitución histórica –como exige el Art. R) (3) de la Ley Fundamental»[88].

Añade, con carácter no exhaustivo, que la identidad nacional húngara está conformada por las libertades fundamentales, separación de poderes, la forma república, el respeto a los organismos autónomos, la libertad religiosa, el principio de legalidad, parlamentarismo, igualdad, respeto al poder judicial y protección de las minorías étnicas[89]. Nada que objetar respecto de principios propios de una democracia liberal compartidos con cualquier Estado miembro. Sin embargo, esta enumeración se completa con la mención al respeto de la historia, la lengua y la cultura húngara y, no menos importante, con una declaración de que la identidad nacional es un valor que no ha sido creado por la Ley Fundamental, sino únicamente reconocido en ella[90].

Esta sentencia ha merecido muy duras críticas por parte de la doctrina europea dirigidas tanto a la técnica como al sentido de esta nueva doctrina judicial. En clara oposición a este pronunciamiento, se ha advertido muy acertadamente que la noción de identidad nacional presentada es «tan vaga que puede considerarse como un intento de conceder una excepción de tipo carta blanca al poder ejecutivo y legislativo frente a las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión»[91]. En términos semejantes, aunque podríamos apuntar que no tan extremos como el de su homólogo húngaro, se ha expresado el Tribunal Constitucional de la República Checa. De este modo, si bien se apoya en su cláusula de intangibilidad constitucional para determinar los elementos constitutivos de su identidad nacional, pone el acento en que el origen último de los mismos se localiza en el Derecho natural[92]. Igualmente, ha tenido ocasión de ligar su identidad nacional con una visión apegada a los caracteres idiosincráticos de la nación[93].

---

interpretation of article E) (2) of the fundamental law», *Review of Central and East European Law*, núm. 43, vol. 1, 2018

[88] STC de Hungría de 30 de noviembre de 2016, AB, 22/2016, apartado 64. Traducción propia.

[89] *Ibid*., apartado 65.

[90] *Ibid*., apartados 66-67.

[91] KOCHENOV, DIMITRY y BÁRD, PETRA, «Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU. The Pitfalls of Overemphasising Enforcement», *Reconnect*, Working Paper núm. 1, 2018, p. 12.

[92] STC de la República Checa de 26 de noviembre de 2008, Lisboa I, Pl. ÚS 19/08, apartado 93: «Estos principios no pueden ser reformados ni siquiera por una reforma de la Constitución aprobada formalmente en armonía con el Derecho porque mucho de ellos pertenecen obviamente al Derecho natural y, por tanto, el Estado no los otorga, sino que puede y debe -como un Estado constitucional. únicamente garantizarlos y protegerlos». Traducción propia.

[93] STC de la República Checa de 31 de enero de 2012, Landtová, Pl ÚS 5/12: «La identidad constitucional de la República Checa, que [el Tribunal Constitucional] deriva de las tradiciones constitucionales comunes con la República eslovaca, de más de setenta años como Estado común y de su pacífica disolución, esto es, de una situación completamente idiosincrática e histórica que no tiene parangón en Europa». Traducción propia.

A nuestro modo ver, se trata de un concepto compuesto en el sentido de que el mismo se construye como resultado de la participación -o, mejor dicho, de la interacción dialéctica- entre los ordenamientos nacionales y el supranacional. Ciertamente, es una categoría jurídica que, desde el punto de vista formal, forma parte del Derecho de la Unión, como así se desprende de la incorporación de la cláusula de la identidad nacional en los propios Tratados. Sin embargo, es una figura materialmente nacional en la medida en que dicha disposición nos remite indirectamente al Derecho Constitucional nacional. Expresado en otros términos, la identidad nacional no puede concebirse como un concepto autónomo del Derecho de la Unión, sino que para su conformación es necesario atender a las influencias provenientes de la esfera jurídica nacional[94].

Así entendida, la identidad nacional no es más que una expresión concreta de un fenómeno general de interdependencias entre ambas esferas que han sido calificadas como «metaconstitucionalidad recíproca», esto es, ambos órdenes jurídicos contienen mandatos que se proyectan recíprocamente sobre el otro generando tendencialmente estabilidad constitucional[95]. Este carácter bidireccional se puede apreciar, desde la perspectiva europea, en las remisiones efectuadas implícitamente en el art. 4.2 TUE a los ordenamientos nacionales y, desde el prisma nacional, en una jurisprudencia constitucional nacional muy extendida por la que se imponen límites materiales a la integración conectados explícitamente con la cláusula de identidad nacional. En otras palabras, no se puede aspirar a identificar la identidad nacional de un Estado limitando el ámbito de estudio a los principios y normas que constituyen el Derecho de la Unión Europea y con total abstracción o sin tomar debida consideración de cada uno de los ordenamientos nacionales. No parece que sea difícil convenir que preguntarnos por aquellos caracteres de un Estado íntimamente ligados a su propia naturaleza que constituyen su núcleo esencial y sin los cuales deja de ser el mismo o de existir, no puede llevarse a cabo con exclusión del sujeto protagonista. Parece cuanto menos aventurado tratar de descubrir o revelar la identidad nacional de un Estado miembro unilateralmente por parte de un actor relativamente externo a esa realidad como es la Unión Europea.

A la luz de todas estas consideraciones, es posible poner fin a este recorrido por medio de una última reflexión dirigida a formular una definición que nos permita expresar en modo riguroso y breve qué se entiende por identidad nacional. Con el propósito de

---

[94] Rechazando que la identidad nacional sea un concepto autónomo del Derecho de la Unión, CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «Rule of (German) Law?: On Legal Hegemony in EU Law», *Verfassungsblog*, https://verfassungsblog.de/rule-of-german-law/, 2020.

[95] Respecto de la formulación y desarrollo de la idea de metaconstitucionalidad recíproca, *vid*. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, *op.cit.*, pp. 73-74. Asumiendo la caracterización de la cláusula de identidad nacional, de manera más o menos expresa, como una manifestación de aquel fenómeno, *vid*. ALONSO GARCÍA, RICARDO, «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, p. 357; GOMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR, «La Constitución española frente al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, 2005, p. 309; SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO, «Identité nationale et droit de l'Union Européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole», *op.cit.*, p.118.

determinar su significado, debe tomarse como punto de partida la propia literalidad del artículo 4.2 TUE en las que se identifican dos referencias genéricas dotadas de incuestionable valor: «las estructuras fundamentales políticas y constitucionales» y «las funciones esenciales del Estado». Así las cosas, la identidad nacional puede ser definida en una primera aproximación como aquellas estructuras jurídicas fundamentales del orden constitucional nacional. En otras palabras, está comprendida por aquellos principios y funciones que conforman los pilares constitucionales esenciales de un Estado miembro. En particular, para conocer en modo más concreto tales elementos adoptaremos una visión necesariamente dual que comportará atender a la perspectiva del Derecho positivo surpranacional y nacional. Así pues, un punto de partida imprescindible será el artículo 4.2 TUE, si bien la concreta delimitación de la identidad nacional exigirá sumar el análisis individual del correspondiente Estado miembro a la vista de su naturaleza estatal o, lo que es lo mismo, mutable de un Estado europeo a otro.

2. Naturaleza jurídica

El respeto a la identidad nacional se caracteriza por presentar una naturaleza jurídica compleja o plural, esto es, es al mismo tiempo una obligación y un principio general del Derecho de la Unión. En efecto, la cláusula del artículo 4.2 TUE contiene una estructura normativa de la que puede inferirse un vínculo obligatorio en virtud del cual se impone a la Unión una obligación o carga («La Unión respetará…»)[96]. Frente a todo deber jurídico, surge siempre un derecho para exigir su cumplimiento en favor de determinados titulares, que, según la dicción literal de la norma, corresponde en este caso a los Estados miembros[97]. Adicionalmente, y sin entrar en contradicción con la anterior afirmación, es posible sostener que el respeto a la identidad nacional es un principio general del Derecho supranacional, siendo preciso una mayor elaboración argumental para respaldarlo[98].

[96] Conclusiones de 16 de diciembre de 2018 del AG M. Poiares Maduro, Michaniki, C-213/07, apartado 31: «Es cierto que el respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros constituye un deber para la Unión Europea. Este deber le fue impuesto desde su origen (...). Así lo demuestra el hecho de que se consagrara por primera vez de modo expreso con ocasión de una revisión de los Tratados que preveía avances en la vía de la integración para los que se hacía necesaria, a los ojos de los constituyentes, la plasmación de este deber».

[97] En cuanto a la caracterización de la identidad nacional como un derecho en favor de los Estados miembros, Marc Carrillo afirma que: «La Carta no solo se funda en los derechos de la persona individual sino asimismo en aquellos otros que siendo también de titularidad individual presentan, no obstante, una indudable dimensión colectiva vinculada -sobre todo- a la identidad nacional de una colectividad o grupo humano». CARRILLO, MARC, «Los derechos fundamentales en la Constitución europea», *op.cit.*, pp. 228-229.

[98] Asumiendo esa misma caracterización del respeto de la identidad nacional como un principio general de la Unión, *vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AGUSTÍN J., «Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva», *op.cit.*, pp. 571-572; MOUTON, JEAN-DENIS, «Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États Membres de l'Union», *op.cit.*, pp. 405, 409 y 411; RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, «Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, p. 522; SARMIENTO, DANIEL, *El Derecho de la Unión Europea*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 236-237.

Una primera aproximación a los principales trabajos doctrinales sobre los principios generales en el sistema jurídico de la Unión permiten encajar sin dificultades a la cláusula de identidad nacional en esa categoría jurídica[99]. Desde un punto de vista teórico, un principio general puede ser definidos como una «proposición jurídica general de cierta importancia de la que se derivan normas más concretas»[100]. Son una fuente normativa cuyo origen se encuentra o bien en un texto legislativo que de manera expresa los reconoce como tal, o bien son fruto de un proceso de interpretación que requiere una labor deductiva, inductiva o ambas a la vez[101]. Como punto de partida, debe comenzarse afirmando que a día de hoy no existe una declaración expresa por parte del Tribunal de Justicia en virtud de la cual se reconozca con carácter general que el respeto a la identidad nacional sea un principio de la Unión. Aun así, defenderemos que esa idea está presente en numerosos artículos de los Tratados y que, con arreglo a una interpretación sistemática del Derecho primario, no hay inconveniente en otorgarle a la misma esa consideración.

Un estudio de los textos legislativos históricos y vigentes del Derecho de la Unión pone de relieve inmediatamente que la idea fundamental que encierra la cláusula de identidad nacional aflora de manera reiterada a través de muy diferentes manifestaciones. Este resultado no puede provocar sorpresa alguna, especialmente si se considera, como ha sido afirmado repetidamente, que la misma forma parte de la propia razón de ser de la integración europea como proyecto colectivo desde su mismo nacimiento. Esa idea nuclear que subyace a la misma es el respeto a la diversidad en el contexto de una realidad política compuesta en el que la aspiración fundacional de una «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa»[102] sea conciliable con el reconocimiento de una heterogeneidad jurídica de base estatal. Tal y como avanzábamos, existen múltiples ejemplos en el Derecho primario que ponen de relieve la transversalidad de una idea que permea en numerosos preceptos del mismo.

El reconocimiento de la diversidad encuentra su formulación más general en la conocida divisa de la Unión -«Unida en la diversidad»- contemplada en la Declaración núm. 52 aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa[103]. Sumado a ello, baste un somero

---

[99] *Vid.* GROUSSOT, XAVIER, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006; TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EU Law*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2007; VOGUENAUER, STEFAN y WEATHERILL, STEPHEN (eds.), *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, Hart, Oxford, 2017.

[100] TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EU Law*, *op.cit.*, p.1.

[101] *Ibid.*, pp. 1-2.

[102] Esta es la conocida y tantas veces aludida fórmula contenida en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea (en su actual párrafo núm. 13) que recoge la voluntad de progresar hacia un proyecto supranacional de integración cada vez intenso.

[103] Declaración núm. 52 aneja al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007: «Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia declaran que la bandera que representa un círculo de doce estrellas doradas sobre fondo azul, el himno tomado del «Himno a la Alegría» de la Novena Sinfonía de Ludwig van Beethoven, *la divisa «Unida en la diversidad»*, el euro en tanto que moneda de la Unión Europea y el Día de Europa el 9 de mayo seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su

examen del Derecho originario para comprobar menciones recurrentes a la misma hasta en un total de diecisiete ocasiones (quince en los Tratados constitutivos -tres en el TUE[104], ocho en el TFUE[105] y cuatro en los anexos[106]- y dos más en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[107]). No se trata de meras referencias genéricas de la diversidad, como es el caso de la Declaración núm. 52, sino que aluden a aspectos concretos de la misma, mencionándose así la diversidad cultural, lingüística, demográfica, geográfica, nacional, regional, así como la diversidad de las prácticas o situaciones existentes en diferentes Estados. Se observa como la diversidad ocupa un lugar importante en el Derecho primario, ya no sólo por el número de veces que es aludida, sino también por los diferentes ámbitos en que aparece mencionada como son, entre otros, la política social, la educación, la cultura, el medio ambiente o la política comercial común.

En fin, el respeto a la identidad nacional consagrado en el artículo 4.2 TUE no es más que una expresión concreta de esa idea de respeto a la diversidad, aunque lo cierto es que presenta la virtud de separarse de la generalidad de los términos en que aparecen formuladas las restantes previsiones normativas a lo largo del Derecho primario, así como de la sectorialidad que les caracteriza al afirmarse respecto de ámbitos concretos. Por el contrario, este último precepto aparece dotado de una mayor sustantividad en su redacción, merced a la reforma operada por el Tratado de Lisboa, y, además, presenta la ventaja de extenderse un ámbito de aplicación más general que no se circunscribe a determinadas esferas. En efecto, este ámbito de aplicación general se deriva de su ubicación sistemática en el Título I del Tratado de la Unión Europea bajo la elocuente rúbrica «Disposiciones comunes». De este modo, comparte espacio en ese Título con otros principios nucleares de la Unión, sobre los que nadie duda su carácter de tales, como son, entre otros, el principio de atribución (arts. 4.1, 5.1 y 5.2 TUE), el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE), el principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE) o el principio de proporcionalidad (art. 5.4 TUE), incluso algunos de los cuales se enmarcan en el mismo artículo 4 TUE.

Gracias a este sustrato teórico, podemos afirmar fundadamente, por reunir los atributos que le son propios -generalidad, deducibilidad de las fuentes normativas y reconocimiento convencional- que el respeto a la identidad nacional es un principio general del Derecho de la Unión. Asimismo, no está de más añadir como respaldo a nuestra posición que esta categoría jurídica ha experimentado una tendencia común a los principios generales como es la de terminar por ser objeto de un reconocimiento expreso en los Tratados[108]. Por todo ello, se trata de un principio de larga tradición en el Derecho

---

relación con ésta». La cursiva es nuestra. *Vid*. TOGGENBURG, GABRIEL N., «"Unity in Diversity": Searching for the Regional Dimension in the Context of a Someway Foggy Constitutional Credo», *op. cit.*, pp. 27-56.

[104] Arts. 3, 4.2 y 17 TUE.

[105] Arts. 151, 152, 165, 167.1, 167.4, 191, 207, 244 TFUE.

[106] Declaración núm. 6, Declaración núm. 9, Declaración núm. 16 y Declaración núm. 52.

[107] Preámbulo y art. 22 de la Carta.

[108] TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EU Law*, *op.cit.*, p. 11.

de la Unión, siendo su proclamación en el Derecho primario el final de un recorrido histórico en el que se deja constancia del mismo de manera escrita.

III. Identidad nacional desde una perspectiva sustantiva supranacional: interpretación del artículo 4.2 TUE

1. Introducción

Con carácter preliminar, es preciso aclarar que no abordaremos el examen de la norma en su totalidad, sino únicamente la parte correspondiente a su presupuesto de hecho. Efectivamente, el artículo 4.2 TUE presenta la estructura típica de toda norma jurídica, siendo susceptible de ser dividida en presupuesto de hecho y consecuencia jurídica[109]. Por un lado, el presupuesto de hecho abarca la práctica totalidad del precepto en el que es posible identificar toda una serie de elementos que fueron recogidos a raíz de la aprobación de la última versión de los Tratados. Por otro, la consecuencia jurídica -o, lo que es lo mismo, el resultado derivado de la constatación de la concurrencia del presupuesto de hecho por parte del operador jurídico- está expresado de manera lacónica y se restringe a un mero «respetará». Esta enunciación críptica justifica que merezca examinarse cuál puede ser el efecto de un posible incumplimiento, que no es, en absoluto, revelado de manera clara por la propia norma. Ahora bien, juzgamos que, por motivos de claridad y en atención a la diferente naturaleza de los problemas que plantea, es preciso abordarlo separadamente con motivo del estudio de la jurisprudencia en la que se examinará el uso de que de la misma han hecho los Tribunales.

El presupuesto de hecho nos permite identificar en su composición tres grandes ideas, que serán objeto de una atención individualizada: «identidad nacional de los Estados miembros», «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales» y «funciones esenciales del Estado». Elegir implica necesariamente seleccionar una parte del todo y al señalar los elementos que analizaremos estamos descartando otros que forman parte de la norma, pero no de la cláusula de identidad nacional en un sentido estricto. Como fácilmente se puede apreciar, hemos excluido una parte del enunciado correspondiente al presupuesto de hecho consistente en el principio de igualdad de los Estados miembros. Esta exclusión se debe a dos órdenes de razones; por un lado, porque excede nuestro propósito de estudio que se concentra en la cláusula de identidad nacional en los términos que acabamos de delimitar, y no en toda la norma; por otro, porque el principio de igualdad de los Estados miembros no es más que una concreción del conocido y profusamente estudiado principio de igualdad soberana de los Estados como principio general del Derecho Internacional Público (artículo 2.1 Carta de

[109] Respecto de la estructura normativa de este precepto y la identificación de cada uno de sus elementos, *vid.* CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law, op.cit.*, p. 135.

las Naciones Unidas) trasladado al ámbito del Derecho de la Unión[110]. A partir de este momento, abordaremos un estudio separado de cada uno de los elementos principales de la cláusula de la identidad nacional apenas enumerados.

2. Elementos constitutivos

2.1. Identidad nacional de los Estados miembros

La cláusula de identidad nacional impone a la Unión una obligación de respetar el núcleo constitucional esencial de los Estados miembros. Dicho de otro modo, si se prefiere, el Derecho de la Unión Europea reconoce un derecho, que podríamos denominar «derecho al respeto», en favor de unos determinados titulares. La cuestión concreta de quienes sean los acreedores de esa obligación o los titulares de ese derecho es la preocupación central de este subapartado y, en particular, dirigiremos nuestra atención a un posible candidato: las entidades subestatales o -haciendo uso del léxico del Derecho de la Unión- las regiones de la Unión Europea.

Desde nuestro punto de vista, la identidad jurídicamente relevante a los efectos del artículo 4.2 TUE es exclusivamente la del Estado[111]. Expresado en otros términos, este precepto reconoce una obligación cuyos únicos destinatarios son los Estados miembros, a pesar de que existen otras realidades políticas que puede compartir una identidad común sobre la que es legítimo reivindicar protección. Otra cuestión muy distinta es la referida a los concretos medios previstos en el Derecho de la Unión Europea para preservar los intereses de estas últimas que, si bien existen, deben diferenciarse de la cláusula de la identidad nacional cuyas prescripciones únicamente están previstas en favor de los Estados, y no de las naciones[112].

---

[110] El principio de igualdad soberana de los Estados es considerado por Cassese como un «concepto paraguas» que da cobijo a dos nociones diferenciadas: el principio de soberanía y el principio de igualdad. El artículo 4.2 TUE únicamente parece reflejar la segunda de las anteriormente citadas y esto se explica particularmente por los recelos que suscita el uso del término soberanía en el Derecho de la Unión, siendo una buena muestra al respecto que no exista una sola referencia al mismo en todo el Derecho primario. *Vid.* CASSESE, ANTONIO, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 88-91; KOKOTT, JULIANE, «States, Sovereign Equality», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010; ROSSI, LUCIA S., «The Principle of Equality Among Member States of the European Union», en ROSSI, LUCIA S. y CASOLARI, FEDERICO (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, Springer, Berlín, 2017.

[111] En defensa de esta extensión limitada de la cláusula de identidad nacional en detrimento de las entidades subestatales, *vid*. CARRILLO, MARC, «Los derechos fundamentales en la Constitución europea», *op.cit.*, pp. 228-229; CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU law*, *op.cit.*, pp. 152-153; RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, «Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea», *op.cit.*, p. 523; TOGGENBURG, GABRIEL N., «"Unity in Diversity": Searching for the Regional Dimension in the Context of a Somewhat Foggy Constitutional Credo», en TONIATTI, ROBERTO, PALERMO, FRANCESO y DANI, MARCO (eds.), *An Ever More Complex Union - the regional variable as missing link in the European Constitution*, Nomos, Michigan, 2004, pp. 32-40.

[112] Con carácter general, sobre la integración de las entidades subestatales, sean o no naciones, en el marco legal e institucional de la Unión Europea, *vid*., TONIATTI, ROBERTO, PALERMO, FRANCESO y DANI,

Una primera indicación de ello son los términos empleados en la norma en virtud de la cual se hace corresponder la identidad con los Estados miembros. Esta redacción de la norma no era la única de las opciones disponibles a los autores de los Tratados, puesto que cabía la posibilidad de haber escogido, o bien la identidad nacional de los Estado miembros, o bien la de las naciones europeas, habiéndose optado por la primera alternativa. En apoyo de este argumento, podemos hacer referencia al conocido como documento Penelope, un borrador elaborado por parte de la Comisión Europea para contribuir a los debates sobre el Tratado Constitucional en el marco de la Convención europea que lo alumbraría. En concreto, este señalaba que la integración debería «siempre tomar en consideración la diversidad de la identidad nacional, regional y local». Sin embargo, esta previsión, que hubiera supuesto un reconocimiento explícito a la identidad regional, no fructificó en la versión final y, por tanto, puede pensarse que su inclusión no recabó los apoyos suficientes[113].

Aun a riesgo de constatar lo que para muchos pueda resultar una obviedad, Estado y nación no son sinónimos desde un punto de vista jurídico. Sin embargo, son términos que suelen utilizarse de manera indistinta, no sólo en el lenguaje común, sino también en el oficial[114]. Sin ir más lejos, el propio texto de los Tratados puede contribuir a esta confusión mediante un uso impreciso de ambos términos, aunque lo cierto es que en todas la ocasiones en que emplea el término nación debe entenderse referido a un Estado miembro[115]. En un sentido estricto, Estado y nación no son realidades equiparables para el Derecho de la Unión, aunque tampoco son mutuamente excluyentes. Como es bien sabido, la situación más extendida en todo el mundo es la de los Estados plurinacionales

---

MARCO (eds.), *An Ever More Complex Union - the regional variable as missing link in the European Constitution*, Nomos, Michgan, 2004; MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSE, «Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado autonómico sin reforma de la Constitución», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 33, 2010; GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, «La coexistencia del proceso autonómico y la integración europea. Perspectivas de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea», en TUDELA ARANDA, JOSÉ y GARRIDO LÓPEZ, CARLOS, *La organización territorial del Estado, hoy*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 200-227.

[113] TOGGENBURG, GABRIEL N., «"Unity in Diversity": Searching for the Regional Dimension in the Context of a Somewhat Foggy Constitutional Credo», *op.cit.*, p. 35 (nota al pie núm. 39).

[114] DÍEZ-PICAZO, LUIS M., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», en CARTABIA, MARTA, WITTE, BRUNO DE y PEREZ TREMPS, PABLO (dirs.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 438.

[115] En efecto, cuando los Tratados hablan de «ciudadanía nacional» en el artículo 9 TUE hacen acompañar el surgimiento de la ciudadanía de la Unión de la condición de ser ciudadano de un Estado miembro, y, de nuevo, no de una nación. Del mismo modo, cuando en el artículo 48 TUE alude a los Parlamentos nacionales en el marco del procedimiento de reforma de los Tratados se refiere a los Parlamentos de los Estados miembros, y no a cada una de las asambleas legislativas que pueden existir en cada una de las entidades subestatales que se han beneficiado en el marco de un proceso de descentralización política. En ambos casos es posible criticar una imprecisión técnica, que viene a oscurecer y dificultar aún más la distinción entre Estado y nación en la medida en que parece que son términos perfectamente intercambiables. A modo de precisión final, únicamente añadir que los casos referidos son meramente ejemplificativos y, en ningún caso, se pueden considerar como un análisis exhaustivo de todos los usos impropios de ese término en los Tratados.

o multinacionales[116], siendo posible encontrar manifestaciones de este fenómeno dentro de la propia Unión. Estas breves consideraciones generales sobre la autonomía de los conceptos de Estado y nación, así como sobre la coexistencia de ambos en el escenario europeo nos conducen a interrogarnos sobre el encaje de las naciones en la cláusula de la identidad nacional.

De entrada, debe apuntarse que el propio precepto genera una duda sobre la que parece que prácticamente ningún autor se haya detenido hasta el momento. La redacción del artículo 4.2 TUE, en su versión inglesa, se refiere a *as well as their national identities* o, lo que es lo mismo, a las identidades nacionales de los Estados miembros. Obsérvese que la particularidad sobre la que queremos hacer hincapié es el hecho de que esta versión de los Tratados se ha inclinado por hacer referencia a identidades nacionales en plural, en lugar de optar sencillamente por referirse a identidad nacional. Este es el caso del alemán («*Identität*»), español («identidad»), francés («*identité*») o italiano («*identità*»), a pesar de que evidentemente todos estos idiomas admiten en su gramática la forma plural, que no es utilizada en estos casos[117]. A partir de esas palabras podría interpretarse un reconocimiento implícito de la presencia de Estados plurinacionales en la Unión. Y, por lo que a nosotros principalmente nos interesa, la salvaguarda de la identidad de todas las naciones de un Estado plurinacional bajo la cobertura jurídica del artículo 4.2 TUE, incluso de aquellas que no se hayan articulado jurídicamente como un Estado. Esta línea interpretativa permitiría expandir el ámbito de aplicación de la norma no sólo a la identidad nacional de cada uno de los Estados miembros, sino también a la identidad de las entidades subestatales.

A nuestro juicio, no puede ser casual que, con la excepción de la versión inglesa de los Tratados, ninguna otra versión haya coincido con ella. Sin perjuicio de que el texto de los Tratados es auténtico en cualquiera de sus lenguas oficiales (artículo 55.1 TUE[118]) -y, por tanto, es tan válida la versión inglesa como cualquiera de las restantes-, esta diferencia de criterios no puede ser fortuita. Ante esta circunstancia, entendemos que cabe

---

[116] Existen estimaciones que calculan que, para los menos de 200 Estados independientes en el mundo reconocidos por la ONU, los mismos contienen una variedad de más de 600 grupos de lenguas vivas y más de 5.000 grupos étnicos, lo que pone de manifiesto que son escasos los Estados que comparten una misma lengua y un mismo grupo étnico. Esta circunstancia da pie a que, sin poder determinar el número de naciones, si podemos al menos afirmar que la regla general es la de Estados heterogéneos y, en atención a la presencia de esos elementos que hemos llamado objetivos de la nación, se puede hipotizar que muchos de ellos sean plurinacionales. KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 13.

[117] No hemos procedido a un examen de cada una de las veinticuatro lenguas oficiales de la Unión. En todo caso, entendemos que se trata de una muestra lo suficientemente relevante para dar una idea de la divergencia entre la versión inglesa -formulada en plural- en contraposición a las restantes versiones citadas -redactadas en singular-.

[118] Artículo 55.1 TUE: «El presente Tratado, redactado en un ejemplar único, en lenguas alemana, búlgara, checa, croata, danesa, eslovaca, eslovena, española, estonia, finesa, francesa, griega, húngara, inglesa, irlandesa, italiana, letona, lituana, maltesa, neerlandesa, polaca, portuguesa, rumana y sueca, *cuyos textos en cada una de estas lenguas son igualmente auténticos*, será depositado en los archivos del Gobierno de la República Italiana, que remitirá una copia autenticada a cada uno de los Gobiernos de los restantes Estados signatarios». La cursiva es nuestra.

la posibilidad de que la versión en inglés del artículo 4.2 TUE pueda ser interpretada de manera consistente con el resto de las versiones. Entendemos que la transcripción en inglés se está, en realidad, refiriendo a las identidades nacionales de todos los Estados miembros porque a un sujeto colectivo -los Estados miembros- se atribuye una cualidad igualmente plural -identidades nacionales- por motivos de concordancia. En cualquier caso, a pesar de optar por hacer una lectura coincidente entre los diferentes idiomas, no negamos que una interpretación de los Tratados de acuerdo con su redacción inglesa nos permita llegar a la conclusión contraria de la que defendemos porque los términos en los que están expresados el precepto no son incontrovertidos. No obstante, mantener esta posición no nos permitiría superar la dificultad de lecturas divergentes en diferentes idiomas.

Únicamente nos consta un autor que haya advertido la peculiaridad de la redacción de la cláusula de identidad nacional en inglés, sin embargo esta consideración nos va a llevar a conclusiones parcialmente distintas[119]. Besselink sostiene que la referencia a *national identities* debe ser entendida como identidades multinacionales y, por tanto, la Unión debe respetar la identidad de entidades subestatales a las que denomina como identidades culturales. Coincidimos en que estas identidades culturales deben ser respetadas al amparo del Derecho de la Unión, si bien esa salvaguarda no se produce por imperativo de la cláusula de identidad nacional[120]. En todo caso, se trata de una diferencia en cuanto al grado de protección que, siguiendo nuestra interpretación, es una protección precaria y limitada mientras que según la lectura de Besselink es mayor.

Sería un error concluir apresuradamente que la no extensión del ámbito de aplicación del artículo 4.2 TUE a las regiones de la Unión Europea implica necesariamente una completa desprotección de la identidad de estas últimas. Esta dificultad podría salvarse mediante una interpretación que entendemos apropiada y, a la vez, sencilla. Si se entiende que la identidad nacional de una entidad subestatal forma parte de la identidad nacional del Estado miembro en su conjunto, la primera quedaría subsumida en la segunda, consiguiendo así protección de manera indirecta. A este respecto, Toggenburg señala que corresponde a los Estados miembros decidir actuar como «institutriz» de sus regiones si quieren que la identidad de las mismas sea cubierta por el «escudo protector» de su identidad nacional frente al Derecho de la Unión Europea[121]. Esta interpretación no podría forzarse tanto como para deducir que las naciones subestatales son también titulares de un derecho al respeto, pero permitiría

---

[119] *Vid*. BESSELINK, LEONARD F.M., «National and Constitucional Identity Before and After Lisbon», *op.cit.*, pp. 42-44.

[120] En este punto, es imprescindible la referencia al artículo 167.1 TFUE, que dispone: «La Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común». No obstante, como se puede apreciar, no se trata de una cláusula general en favor de una pretendida identidad regional -inexistente en los Tratados-, sino que se inserta en el Título XIII dedicado a la cultura y, por tanto, presenta necesariamente un alcance más limitado. *Vid*. TOGGENBURG, GABRIEL N., «"Unity in Diversity": Searching for the Regional Dimension in the Context of a Somewhat Foggy Constitutional Credo», *op.cit.*, pp. 33-40.

[121] *Ibid.*, p. 35.

alcanzar el mismo resultado previsto en la consecuencia jurídica de la norma. Ahora bien, al no tener las naciones subestatales la condición de titulares, se debilitaría la legitimidad procesal de estos sujetos y estarían aquellas a la voluntad de lo que el Estado considerase en cada caso.

En rigor, una lectura más detenida de la cláusula de identidad nacional nos conduce a reconocer una cierta cobertura en favor de las regiones de la Unión. Desde la reforma del Tratado de Lisboa, el artículo 4.2 TUE extiende su ámbito de aplicación a «las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos [Estados miembros], también en lo referente a la autonomía local y regional». En este sentido, el propio precepto contiene una ampliación que abarca a las entidades subestatales -e igualmente, aunque no nos ocupemos de ellas, a las entidades locales-. En aquellos Estados miembros en los que se haya llevado a cabo una descentralización política, en mayor o menos grado, en virtud de la cual se haya otorgado un cierto grado de autonomía en favor de las entidades subestatales, esta es una decisión estatal que debe ser respetada por la Unión.

Una última cuestión en relación al papel de las naciones en la cláusula de identidad nacional, sobre la que nos limitamos a introducir un brevísimo apunte, es la relativa a los posibles cambios en la extensión territorial de los Estados miembros[122]. Con ello queremos expresar las dudas sobre la aplicabilidad del artículo 4.2 TUE a supuestos de ampliación de las fronteras interiores de un Estado miembro o, de manera más controvertida y actual, a casos de movimientos que aspiran a la secesión de una parte del territorio de un Estado europeo[123]. En términos generales, parece existir coincidencia entre la doctrina respecto de la consideración de que el aumento o disminución del territorio de un Estado miembro es una cuestión interna que no es competencia de la Unión, aunque pueda tener consecuencias de indudable relieve para esta última. Precisamente, esta posición se encuentra avalada por la propia cláusula de identidad nacional que reconoce la obligación de la organización supranacional de respetar la integridad territorial estatal, siendo por tanto una cuestión reservada al exclusivo dominio de la soberanía nacional de cada Estado.

2.2. Inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales

[122] Para un estudio en mayor profundidad sobre esta cuestión, *vid.* CARRERAS SERRA, FRANCESC DE, «Unión Europea y secesión de Estados miembros. ¿Deben intervenir las instituciones europeas?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014; MANGAS MARTÍN, ARACELI, «La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013.

[123] *Vid*. PÉREZ TREMPS, PABLO y VIOLINI, LORENZA, «La Constitución europea y la organización territorial de los Estados miembros», en CARTABIA, MARTA, WITTE, BRUNO DE y PÉREZ TREMPS, PABLO (dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 528-529.

Una de las novedades más relevantes de la vigente cláusula de identidad nacional ha sido la de precisar que aquella categoría jurídica encuentra expresión en las «estructuras fundamentales políticas y constitucionales». De este modo, se ofrece una redacción más detallada que contrasta con la excesiva concisión de las fórmulas que la precedieron, debilitando los argumentos en favor de una posible lectura que abogase por una protección irrestricta de la identidad nacional. En contra de esta hipotética interpretación extensiva, se han manifestado claramente varios abogados generales y autores que juzgan claramente contrario al Derecho de la Unión erigir a las Constituciones nacionales en una suerte barrera insuperable en caso de contradicción con el Derecho supranacional[124]. En tal caso, se estaría admitiendo que la identidad nacional pudiese ser concebida como una excepción absoluta a la primacía del Derecho de la Unión, lo cual no ha sido nunca admitido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En cualquier caso, esta nueva incorporación sigue aquejada de una cierta generalidad en atención a los términos en que aparece expresada. A fin de disminuir esa indeterminación, es posible realizar un mayor esfuerzo de concreción para determinar su significado de manera más precisa. Así, sin ánimo de exhaustividad, pueden identificarse una serie de opciones o modelos constitucionales que bien podrían incluirse protegidas implícitamente en la cláusula, a saber: Constitución escrita o no escrita, monarquía o república, centralización o descentralización territorial del poder, presidencialismo o parlamentarismo, unicameralismo o bicameralismo, sistema electoral mayoritario o proporcional, control constitucional de las leyes o supremacía del legislador, unidad o dualidad jurisdiccional (ordinaria y administrativa)[125]. Por su parte, es posible completar esta enumeración meramente ejemplificativa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta materia que, aun siendo por el momento escasa, ha expresado su deferencia por las siguientes expresiones de la idiosincrasia constitucional: la protección de la lengua nacional oficial de un Estado[126], la determinación de la ciudadanía nacional[127], la forma republicana del Estado[128] y la distribución de competencias entre el Estados y las organizaciones territoriales que la conforman[129].

---

[124] En contra de la concepción de la identidad nacional como una reserva absoluta a la libre disposición de los Estados miembros, *vid.* Conclusiones de 8 de octubre de 2008, asunto Michaniki, C-213/07, apartado 33: «No obstante, ha de precisarse que esa obligación de respetar la identidad constitucional de los Estados miembros no puede entenderse como una deferencia absoluta respecto a todas las normas constitucionales nacionales. Si así fuera, los Estados miembros podrían escudarse en las constituciones nacionales para eludir el Derecho comunitario en ámbitos determinados. Más aún, podrían surgir discriminaciones entre Estados miembros en función del contenido que cada uno de ellos diera a su Constitución. Al igual que el Derecho comunitario tiene en cuenta la identidad constitucional de los Estados miembros, el Derecho constitucional nacional debe adaptarse a las exigencias del ordenamiento jurídico comunitario; Conclusiones de 14 de enero de 2015 del AG Pedro Cruz Villalón, Gauweiler, C-62/14, apartado 59.

[125] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, LUIS M., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», *op.cit.*, pp. 339-340.

[126] STJCE de 28 de noviembre de 1989, Groener, 379/87, apartado 19; STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09, apartado 86; STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11, apartado 26.

[127] STJUE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04, apartados 63 y 79.

[128] STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, apartado 92.

[129] STJUE de 12 de junio de 2014, Digibet y Albers, C-156/13, apartado 34; STJUE de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, apartado 40.

Tras estas consideraciones generales, un debate que se ha suscitado al calor de esta concreta ampliación de la cláusula de identidad nacional por la que se añaden expresas referencias constitucionales atañe a la propia denominación de esta realidad jurídica. Esta figura ha sido denominada de manera generalizada por parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia como identidad constitucional, habiendo incluso quienes se refieren a la misma como identidad constitucional nacional como resultado de la fusión de ambas opciones. Sin lugar a dudas, esta nueva designación responde a la introducción del inciso «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales» a raíz de la última reforma de los Tratados. A partir de entonces, han proliferado las referencias a la cláusula con dicha designación en el ámbito judicial, tanto desde instancias nacionales (Tribunales Constitucionales nacionales) como supranacionales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Abogados Generales). En todo caso, no es extrañar que la doctrina haya decidido ajustarse a la terminología de quienes, al fin y al cabo, son los intérpretes más autorizados de las Constituciones nacionales y de los Tratados, respectivamente. Sin embargo, esta identificación entre identidad nacional e identidad constitucional es problemática[130]. Deben diferenciarse ambos términos si no queremos correr el riesgo de malinterpretar el verdadero significado de la cláusula. Salvo que aceptemos la identidad constitucional como una mera denominación cuyo único fin sea el de ofrecernos una etiqueta para referirnos al mismo, este nuevo nombre puede traer aparejadas consecuencias de relevancia jurídica notable.

Una primera objeción surge a raíz de la consideración de que todos los Estados miembros no cuentan con una Constitución escrita en su ordenamiento jurídico. Si la identidad nacional se refiriese a la identidad de una Constitución, tal y como parecen sostener aquellos autores que se suman a la denominación de «identidad constitucional», se excluiría a todos aquellos Estados miembros que carecen de una. Además, si prosperara esa interpretación, implicaría indirectamente que la cláusula de identidad nacional presentaría un ámbito geográfico limitado a pesar de que esa intención no aparece reflejada en los trabajos preparatorios ni en ningún anexo de los Tratados[131]. Se trataría, en todo caso, de una objeción relativamente menor en atención al número de Estados miembros afectados -exclusivamente el Reino Unido- y, sobre todo, porque una interpretación no formalista permitiría incluir el particular caso británico, que no se ajusta a la tradición continental a este respecto[132]. En cualquier caso, es posible imaginar que

[130] Sobre el debate acerca de las diferencias entre identidad nacional e identidad constitucional, *vid*. BON, PIERRE, «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica», *op.cit.*; MARTIN, SÉBASTIEN, «L'identité de l'État dans l'Union Européene: Entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 91, 2012.

[131] Uno de los propósitos de los protocolos de los Tratados es precisamente el de contener disposiciones que prevean una vigencia espacial limitada respecto del articulado. Bástenos un ejemplo para ilustrar que, cuando el Reino Unido y Polonia quisieron imponer trabas a la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, alcanzaron esa aspiración mediante la incorporación del Protocolo núm. 30 a los Tratados.

[132] A fecha de la presentación de esta tesis doctoral, y a pesar de celebración del referéndum de 23 de junio de 2016 por el que los británicos decidieron abandonar la Unión, de la notificación de su intención de

los autores de los Tratados, perfectamente conocedores de las peculiaridades del ordenamiento jurídico británico, hubieran optado por sustituir la mención expresa de identidad constitucional por un circunloquio («estructuras fundamentales políticas y constitucionales») con una intencionalidad claramente inclusiva para evitar que ningún Estado resultara excluido[133]. Esta misma es la posición sostenida por Cruz Villalón que señala que «se ha querido evitar el que las estructuras fundamentales del Estado en cuestión sean, de manera obligatoria, "formalmente" constitucionales. Dicho de otra manera, la posibilidad de un constitucionalismo no escrito, en el nivel de los Estados miembros, es lo que se quiso dejar implícito»[134].

Un segundo reproche a la noción de identidad constitucional es que no puede dar cuenta de toda la identidad nacional de un Estado miembro. Una Constitución es un buen reflejo de la identidad nacional de un Estado miembro, pero no puede ni debe aspirar a contenerla exhaustivamente porque, entre otros motivos, no es su cometido. Existen aspectos fundamentales de la identidad nacional que no aparecen contenidos en las Constituciones nacionales y encuentran cobijo en legislación y jurisprudencia de claro valor constitucional, que no aparecen integradas en los textos fundamentales de los ordenamientos jurídicos nacionales[135]. Del mismo modo que las Constituciones nacionales no agotan toda la identidad de un Estado miembro, que puede tener expresión en otras fuentes jurídicas, tampoco todas las disposiciones constitucionales presentan un vínculo con la identidad nacional, que es el único bien jurídico a proteger. Así las cosas, se explica que determinados contenidos constitucionales queden al margen de la protección otorgada por el art. 4.2 TUE debido a la ausencia de un ligamen con aquella. En caso contrario, nos situaríamos ante una cláusula sobreprotectora que blindaría todo el texto constitucional, lo cual se aleja claramente del espíritu de los Tratados.

En tercer lugar, cabe destacar que identidad nacional e identidad constitucional son realidades conceptualmente distintas porque su objeto es diferente. No es lo mismo indagar acerca de la identidad de una nación que acerca de la identidad de una Constitución. Ambas tareas exigen una labor intelectual para identificar aquellas

---

retirarse de la Unión de conformidad con el artículo 50 TUE el 27 de marzo de 2019 y de la aprobación del Acuerdo de Retirada el 31 de enero de 2020, los Tratados siguen siendo aplicables en el Reino Unido. Dicho Acuerdo prevé en su artículo 127.1 que «el Derecho de la Unión será aplicable al y en el Reino Unido durante el período transitorio», que se extiende por el momento hasta el 31 de diciembre de 2020. No obstante, inmediatamente a continuación, ese precepto enumera en sus apartados a) y b) una serie de disposiciones que no serán aplicables durante ese lapso de tiempo y, entre las mismas, se menciona expresamente al artículo 4 TUE. *Vid.* Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, (2019/C 384 I/01).

[133] El uso del circunloquio con una voluntad inclusiva parece reforzado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En este sentido, la sentencia España c. Reino Unido opta reiteradamente por el término «tradición constitucional» para presumiblemente referirse a la identidad nacional del Reino Unido ante la imprecisión de hablar de identidad constitucional británica. *Vid.* STJUE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04, apartados 46, 53, 55, 58, 63 y 79.

[134] CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *op.cit.*, pp. 504-505.

[135] TUSHNET, MARK, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2007, p. 14.

características esenciales que definen una concreta realidad y hacen que la misma sea discernible de manera autónoma frente a otras, pero insistimos en que la entidad sobre la que se aplica este razonamiento no son la misma. Por consiguiente, en principio, el resultado de la operación que hemos indicado debería ofrecer soluciones dispares. No obstante, la identidad nacional y la identidad constitucional pueden coincidir porque existe un importante grado de solapamiento entre las mismas[136]. En este sentido, el carácter laico de la República francesa proclamado en su artículo 1 forma parte de la identidad constitucional francesa, pero podríamos afirmar sin miedo a equivocarnos que es igualmente un rasgo de su identidad nacional. Por el contrario, otros rasgos de naturaleza estrictamente histórica o sociológica han podido contribuir a forjar la identidad nacional de ese Estado miembro, pero están desprovisto de carácter jurídico y no han tenido entrada en la Constitución. En este último caso es posible deslindar ambas realidades.

Para terminar, existe una distinción entre ambas denominaciones que se aparta del razonamiento seguido en los tres puntos anteriores, pero a la que, en todo caso, juzgamos oportuno hacer mención en atención a la autoridad que la formula. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el concepto de identidad formulado en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn es diverso del previsto en el artículo 4.2 TUE y, en consecuencia, les asigna el nombre de identidad constitucional e identidad nacional, respectivamente[137]. De este modo, el primero contempla un «límite último» que no puede ser contrapesado frente a otros intereses jurídicos y cuya protección corresponde únicamente al Tribunal de Karlsruhe mientras que el segundo, según demuestra la jurisprudencia europea, sí puede ser objeto de un juicio de ponderación.

Estas consideraciones ponen de relieve la complejidad de una noción que se inserta en un sistema jurídico compuesto o multinivel en el que cada uno de los estratos que lo componen contribuyen a su completa determinación con sometimiento a la obligación de cooperar lealmente. Ciertamente, la identidad nacional es un concepto controvertido y la interpretación del mismo difiere según nos aproximemos al mismo desde la perspectiva de los Tribunales Constitucionales nacionales o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En todo caso, entendemos que, en puridad, las apreciaciones del *Bundesverfassungsgericht* únicamente ponen de manifiesto la disparidad de opiniones judiciales sobre un mismo concepto y los mecanismos jurisdiccionales para su protección. Por tanto, y en aras de evitar una mayor confusión, sería aconsejable adoptar una denominación única. Mantenemos la posición de que identidad nacional e identidad constitucional son realidades conceptuales distintas, pero en base a los criterios desarrollados en los tres puntos anteriores, y no siguiendo los criterios del Tribunal alemán.

[136] ROSENFELD, MICHEL, «Constitutional Identity», *op.cit.*, p. 758.
[137] ATCFA de 14 de enero de 2014, BvR 2728/13, apartado 29.

En suma, hemos tratado de poner de relieve que el término identidad constitucional es inadecuado para referirnos a la cláusula de la identidad nacional. Es una denominación que no es capaz de englobar y reflejar fielmente todas las aristas de un precepto tan complejo como el artículo 4.2 TUE. No son objeciones menores o meramente teóricas, sino que concebir dicha norma de conformidad con la identidad constitucional puede sencillamente conducir a interpretaciones no exactamente coincidentes. Insistimos en que parte de la problemática inherente a este debate es puramente nominalista debido a que hemos asistido a una multiplicación de nombres para referirse a la misma realidad. Eso sí, nuestro interés no se centra en ofrecer una definición o determinar la identidad nacional o constitucional de tal o cual Estado miembro desde una perspectiva general o descontextualizada, sino únicamente nos preocupa la identidad nacional a que se refiere el artículo 4.2 TUE a los efectos de conocer cuál es el bien jurídico protegido por el Derecho de la Unión.

2.3. Funciones esenciales del Estado

Las funciones esenciales del Estado constituyen, junto con las estructuras fundamentales políticas y constitucionales, los dos elementos constitutivos principales de la cláusula de identidad nacional. En una primera aproximación, por esa expresión podemos entender aquellas potestades estatales que solo pueden ser de titularidad y ejercicio de los Estados miembros porque su transferencia a la Unión comportaría una desnaturalización o grave transformación del Estado en la medida en que su pervivencia depende de la continuidad en la asunción de dichas funciones[138]. Dicho de otro modo, las funciones esenciales del Estado pueden ser concebidas como una «reserva de soberanía», es decir, un reducto mínimo de poder estatal a los efectos de que pueda cumplir sus cometidos más básicos e irrenunciables[139].

Esta expresión aparece referida en la segunda parte de la cláusula de identidad nacional que, en consideración a su centralidad en estos momentos, es oportuno reproducir de nuevo *in extenso*:

> «[La Unión] Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

---

[138] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, LUIS M., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», *op.cit.*, p. 446.

[139] Tomamos prestada la expresión de Moreiro González que se refiere exclusivamente como reserva de soberanía a la seguridad nacional, pero que hemos preferido hacer extensiva a todas las funciones esenciales del Estado de la que la seguridad nacional no es más que un caso concreto. MOREIRO GONZÁLEZ, CARLOS J., «La reorientación estatal de la Unión Europea», en FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS R. y DÍAZ BARRADO, CASTOR M. (dirs.), *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 70; *Vid.* MOREIRO GONZÁLEZ, CARLOS J., *Las cláusulas de seguridad nacional*, Iustel, Madrid, 2007.

A diferencia de lo que sucede con la primera parte de la cláusula, esta segunda mitad apenas ha merecido la atención de la doctrina y de la jurisprudencia europea[140]. Entre las escasas líneas dedicadas a esta cuestión, pueden subrayarse un par de valoraciones de carácter general. Von Bogdandy y Schill se limitan a advertir la existencia de tres principios en el artículo 4.2 TUE -principio de igualdad de los Estados miembros, principio de respecto a la identidad nacional y principio de garantía de las funciones esenciales- sin extraer de ello más consecuencias[141]. Por su parte, Van der Schyff señala que el mismo precepto engloba el «principio de autogobierno de los Estados miembros», pero que, a su vez, el mismo contiene diferentes principios que atienden a diferentes orígenes y funciones[142].

La cláusula de identidad nacional, en su concreta expresión de las funciones esenciales del Estado, puede considerarse como un principio general sobre el ejercicio de las competencias de la Unión[143]. En este sentido, se sumaría a otros que pueden englobarse en esa misma categoría de principios que orientan y sirven de guía a la Unión en el ejercicio de competencias como es el caso de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y cooperación leal. En concreto, la identidad nacional puede contribuir a trazar una línea divisoria insuperable entre competencias estatales y competencias transferidas o, en términos más específicos, una «prohibición de interferencia» que pesa sobre las instituciones y los órganos de la Unión[144].

El régimen jurídico sobre las competencias en el marco de los Tratados constitutivos se caracteriza por ocuparse, como no puede ser de otra forma, únicamente de determinar aquellas que puede ejercer la Unión Europea. Sin embargo, esto no es óbice para poder conocer las competencias que subsisten en el seno de los Estados miembros de una manera indirecta. De acuerdo con el principio de atribución (artículo 5.2 TUE), existe una presunción en favor de los Estados miembros de toda competencia no transferida en favor de la Unión (artículo 4.1 TUE)[145]. Expresado de manera más sencilla, si los Tratados guardan silencio sobre una competencia, la misma pertenece al ámbito de los Estados miembros. Apartándose de estas pautas generales, aparece el artículo 4.2

---

[140] Sobre la consideración de las funciones esenciales del Estado como una materia «ampliamente inexplorada», VAN DER SCHYFF, GERHARD, «The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4 (2) TEU», *European Law Review*, núm. 37, 2012, p. 570.

[141] VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1425.

[142] VAN DER SCHYFF, GERHARD, «The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU», *op.cit.*, pp. 570-571.

[143] MORGADES GIL, SILVIA, «El principio del respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los Estados miembros de la Unión Europea», en OLESTI RAYO, ANDREU (coord..), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 79.

[144] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, LUIS M., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», *op.cit.*, p. 442.

[145] El principio de atribución en tanto que rector de la delimitación de competencias entre los Estados miembros y la Unión se regula, aparte de los preceptos citados, en la Declaración núm. 18 relativa a la delimitación de competencias y en la Declaración núm. 24 relativa a la personalidad jurídica de la Unión.

TUE, que puede ser entendido como parte del régimen jurídico de las competencias, pero, curiosamente, no tiene por finalidad sumar nuevas competencias para la Unión, sino indicar competencias que están más allá del alcance de la misma. En consecuencia, esta categoría permite trazar los límites entre los poderes que que pueden ser transferidos a la Unión y aquellos que debe permanecer en los Estados miembros.

Esta reserva de competencias en favor de los Estados miembros ha venido a configurar una nueva categoría a la que la doctrina ha asignado el nombre de «competencias retenidas o reservadas», que no pueden asimilarse a ninguna de las tipologías de competencias existentes (competencias exclusivas, compartidas y de apoyo, coordinación y complemento)[146]. A este respecto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo a lo largo de los años una interpretación extensiva de las competencias de la Unión que ha comportado una reducción de las competencias residuales de los Estados por la vía de la teoría de las competencias implícitas (art. 352 TFUE), interpretaciones basadas en el efecto útil de las disposiciones o con el argumento de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión[147]. Estas circunstancias pueden justificar la voluntad de mencionar expresamente tales competencias con el fin de evitar una tendencia que vaya ampliando progresiva y desproporcionadamente el ámbito de acción de la Unión. Su existencia parece, por tanto, responder a la intención de impedir que las dinámicas expansivas de la Unión en materia de competencias pudiera terminar por alcanzar estas áreas consideradas como especialmente sensibles y limitar la discrecionalidad del Tribunal de Justicia a la hora de interpretar la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados[148]. Son competencias que revelan un «poder de decisión efectivo e irreductible», pero que, en todo caso, debe ser ejercido de conformidad con el ordenamiento jurídico de la Unión[149].

Expresadas estas primeras consideraciones sobre las funciones esenciales del Estados en su caracterización como un principio general sobre el ejercicio de competencias, conviene continuar con un examen más específico dirigido a precisar cuáles son esos poderes estatales intransferibles. El artículo 4.2 TUE contiene únicamente una enumeración no exhaustiva de las funciones esenciales del Estado. El carácter incompleto de esa lista es fácil de inferir de la redacción empleada en la propia norma, que inicia la relación evocando el término «especialmente». En particular, se citan las tres siguientes: integridad territorial, orden público y seguridad interior. A partir de esta primera referencia normativa es posible extraer la idea de que los autores de los Tratados

---

[146] MORGADES GIL, SILVIA, «El principio del respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los Estados miembros de la Unión Europea», *op.cit.*, p. 87.

[147] FERNÁNDEZ-MAUBLANC, LUCIENNE-VICTOIRE, «L'évolution constrastée des competences rétenues par les États membres», en AA.VV., *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l´honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, París, 2004, p. 326.

[148] MORGADES GIL, SILVIA, «El principio del respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los Estados miembros de la Unión Europea», *op.cit.*, pp. 87-88.

[149] FERNÁNDEZ-MAUBLANC, LUCIENNE-VICTOIRE, «L'évolution constrastée des competences rétenues par les États membres», *op.cit.*, pp. 331-332.

han tratado de restringir en favor del Estado un ámbito de poder sobre materias relativamente homogéneas en relación a lo que podríamos referir ampliamente como defensa y seguridad. En otras palabras, se ha considerado que corresponde en exclusiva a los Estados miembros toda actividad pública que implique el uso de la fuerza[150].

La ausencia de menciones a las funciones esenciales del Estado más allá de la contenida en la cláusula de identidad nacional no obsta a que un examen más detenido de los Tratados pueda revelar la presencia de disposiciones que puedan ser consideradas como un desarrollo respecto de aquella. En este sentido, los Tratados contienen disposiciones específicas por las que, o bien se reservan expresamente competencias a los Estados miembros, o bien se excluye la competencia de la Unión[151]. Todas ellas se enmarcan en dos ámbitos concretos referidos expresamente en la cláusula: el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ) -regulado en el Título V del TFUE- y los conocidos como «mecanismos de emergencia».

En cuanto a la primera de ambas esferas, el artículo 72 TFUE dispone que las disposiciones relativas al ELSJ se entenderán «sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior». Sin lugar a dudas, esta previsión es un recordatorio del artículo 4.2 TUE con la particularidad de que se sitúa bajo el Título V y, con ello, poniendo el acento sobre su carácter específico. En segundo lugar, el artículo 88.3 TFUE declara que cuando las actividades operativas de la EUROPOL puedan afectar al territorio de un Estado miembro, «la aplicación de medidas coercitivas corresponderá exclusivamente a las autoridades nacionales competentes». Por último, el artículo 276 TFUE restringe la competencia del Tribunal de Justicia en los ámbitos de cooperación judicial penal y policial y, en particular, «no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior».

Por otro lado, en materia de cooperación judicial penal se sitúan los llamados «mecanismos de freno de emergencia». Estos están diseñados para permitir que cuando un miembro del Consejo estime que un proyecto de directiva pueda afectar a aspectos esenciales de su sistema de justicia penal, pueda solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo y, si en él no se llegara a un consenso, puede establecerse una cooperación reforzada (arts. 82.2 TFUE y 83.3 TFUE)[152]. El sentido de este instrumento no es otro que el de proteger aspectos esenciales de los sistemas de justicia penal de los

---

[150] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, LUIS M., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», *op.cit.*, p. 443.

[151] MORGADES GIL, SILVIA, «El principio del respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los Estados miembros de la Unión Europea», *op.cit.*, p. 85.

[152] Respecto del mecanismo de la cooperación reforzada, *vid.*, «Mecanismo de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 39, 2008.

Estados miembros. Es un recurso que presenta una cierta ambivalencia en el sentido de que, según el prisma desde el que se observe, puede favorecer o dificultar una mayor integración. Así entendido, puede permitir una mayor armonización en un ámbito respecto del cual los Estados miembros han mostrado tradicionalmente reticencias a una integración más profunda, sin que sea imperativo que todos los Estados deben sumarse a esta iniciativa que ataña a esta sensible esfera. En particular, los frenos de emergencia se extienden a los siguientes aspectos: reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza (art. 82.3 TFUE), definición de infracciones penales y sanciones de especial gravedad con dimensión transfronteriza (art. 83.3 TFUE), establecimiento de una Fiscalía europea (art. 86.1 TFUE) y medidas de cooperación operativa entre autoridades policiales (art. 87.3 TFUE).

La cláusula de identidad nacional, tal y como se ha afirmado anteriormente, contiene una lista no exhaustiva de las funciones esenciales del Estado. Esta situación plantea naturalmente la cuestión sobre qué otras funciones estatales, aparte de las citadas expresamente en la cláusula, podrían tener la consideración de esenciales. Sin duda, se plantea un interrogante que comporta una enorme dificultad. Para comenzar, las funciones del Estado son históricamente variables en el sentido de que son fruto de las ideas predominantes en cada época y, por tanto, su mayor o menor extensión dependerá del grado de intervención estatal que se considere óptimo en la sociedad y la economía en un concreto momento histórico[153]. Sobre la base de esa constatación, Diez-Picazo identifica como funciones esenciales aquellas que son permanentes en el tiempo desde, al menos, el surgimiento del Estado moderno[154]. Sin embargo, el propio autor reconoce la inadecuación de esta solución por dos motivos[155]. Por un lado, la mayor parte de las funciones estatales permanentes distintas de las enunciadas en el artículo 4.2 TUE están condicionadas en mayor o menor medida por el Derecho de la Unión Europea, extendiéndose incluso a ámbitos tradicionalmente ligados al núcleo de la soberanía nacional como es el caso de la fiscalidad o del *ius puniendi*[156]. Por otro, pueden existir ciertas funciones que no hayan tenido secularmente la consideración de permanentes, pero que con el paso del tiempo la sociedad haya estimado aconsejable que se integren dentro de tal categoría.

La concisa regulación de las funciones esenciales del Estado en los Tratados, la práctica ausencia de una mayor elaboración en la jurisprudencia del Derecho de la Unión Europea, así como al carácter inherentemente nacional o interno de la cuestión hacen particularmente oportuno indagar al respecto en la jurisprudencia de los Tribunales

---

[153] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, LUIS M., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», *op.cit.*, p. 445.
[154] *Ibidem*.
[155] *Ibidem*.
[156] Sobre el estudio del Derecho Penal como una función esencial del Estado, *vid.* GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, «Criminal Law as an Essential Function of the State: Last Line of Resistance?», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

Constitucionales nacionales. En este sentido, el principal referente es el Tribunal Constitucional Federal alemán que, con motivo del examen de la compatibilidad de su texto constitucional con la última reforma de los Tratados, se ha pronunciado sobre este concreto asunto en la sentencia Lisboa. Se trata de una resolución judicial muy extensa y de altísima relevancia, que versa sobre cuestiones muy diversas relativas a la integración de la República Federal de Alemania en el proyecto común europeo. En concreto, nos interesan únicamente aquellos fragmentos de la misma que abordan la problemática concerniente a las funciones esenciales del Estado sobre las que se ocupa de manera nítida y pausada.

El Tribunal de Karlsruhe reconoce que la aprobación del Tratado de Lisboa comporta la asunción de nuevas competencias por parte de la Unión y, a partir de esa constatación evidente, sostiene que «la unificación europea (…) no debería lograrse de tal manera que en los Estados miembros ya no quede margen de acción política suficiente para configurar las condiciones de vida económica, culturales y sociales»[157]. Respecto de las nuevas competencias transferidas, las mismas «pueden y deben ser ejercidas por los órganos de la Unión Europea de manera tal que en los Estados miembros aún subsistan funciones de relevancia, tanto en su alcance como en su contenido, que sean condición jurídica y práctica de una democracia viva»[158]. De este modo, la justificación de la intervención estatal o, lo que es lo mismo, la restricción del ámbito de acción de la Unión Europea se explica porque son «decisiones políticas que dependen especialmente de concepciones previas de aspectos culturales, históricos y lingüísticos particulares»[159]. A mayor abundamiento, las limitaciones a la transferencia y ejercicio de derechos soberanos a la Unión Europea son una exigencia del principio democrático y del principio de subsidiariedad que encuentran expresión en la cláusula de apertura o cláusula europea (artículo 23 Ley Fundamental de Bonn)[160].

Expuestos los fundamentos para la delimitación de un ámbito de acción estatal libre de intervención supranacional, enumera un total de cinco áreas reservadas que considera «especialmente sensibles», a saber:

> «El Derecho penal material y formal (1), la disposición sobre el monopolio de la fuerza -fuerza policial hacia el interior, fuerzas armadas hacia el exterior- (2), las decisiones fundamentales fiscales relativas a los ingresos y gastos públicos -en particular las motivadas por consideraciones de política social- (3), la conformación de las condiciones de vida en el Estado social (4), y las decisiones de singular importancia desde una perspectiva cultural, tales como el Derecho de familia, el sistema escolar y educativo o el tratamiento de las comunidades religiosas (5)»[161].

[157] STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BVerfG 2/08, apartado 249.
[158] *Ibid.*, apartado 351.
[159] *Ibid.*, apartado 249.
[160] *Ibid.*, apartado 251.
[161] *Ibid.*, apartado 252.

A continuación, el *Bundesverfassungsgericht* se ocupa en los siguientes apartados de perfilar los contornos de cada una estas cinco áreas[162]. Una lectura de esos párrafos nos permite observar un rasgo general común y es que ni siquiera en estos ámbitos que se encuentran estrechamente vinculados a la noción tradicional de soberanía estatal está absolutamente vedada toda intervención supranacional. Dicho de otro modo, las funciones esenciales del Estado exigen que el mismo conserve un margen de acción sustancial, pero no total. De hecho, se puede constatar que la integración europea ha incidido ya en alguna medida sobre estos campos, aunque lo sea de manera no decisiva, y el propio Tribunal Federal Constitucional alemán así lo reconoce en su sentencia sin que por ello tal actuación merezca la consideración de desproporcionada. En definitiva, trazar el perímetro de poder estatal frente a posibles intromisiones provenientes de Europa exige llevar a cabo un examen cualitativo que respete, en esencia, la capacidad del Estado para mantener «opciones importantes de configuración interna en ámbitos de regulación fundamentales y esenciales de la vida»[163].

Como es bien sabido, la sentencia Lisboa ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina alemana y, en particular, los pasajes relativos a las funciones esenciales del Estado no han estado libres de valoraciones negativas. Se ha reprochado la limitada argumentación del Tribunal de Karlsruhe sobre cuáles son los fundamentos constitucionales que respaldan la configuración de esa lista de potestades estatales[164], siendo calificadas estas concretas explicaciones como «poco claras o confusas»[165]. En particular, se ha sugerido que entre los factores decisivos para conformar esta enumeración de funciones se encuentran las convicciones personales de los magistrados expresadas en la audiencia oral y los argumentos similares hechos valer por las partes[166]. Se ha señalado que, en ausencia de un teoría sobre las funciones esenciales del Estado o *Staatsaufgabenlehre* en la propia Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal Constitucional Federal alemán toma la iniciativa para crearla *ex novo*[167]. En opinión del Tribunal alemán, son tareas que el Estado ha ejercido «desde siempre» como expresión de su soberanía[168]. En este sentido, no sólo se rebate en la doctrina la idea de que el Estado no ha ostentado siempre esas competencias, sino que, además, se aduce que ese elenco responde más bien a la voluntad del Tribunal de dificultar la operatividad del mecanismo conocido como las cláusulas pasarela (artículo 48.7 TUE)[169].

---

[162] *Ibid.*, apartados 253 a 260.
[163] *Ibid.*, apartado 351.
[164] «Editorial», *Common Market Law Review*, núm. 46, vol. 4, 2009, p. 1032.
[165] GRIMM, DIETER, «Defending Sovereignty Statehood against Transforming the European Union into a State», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, vol. 3, 2009, p. 368.
[166] THYM, DANIEL, «In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court», *Common Market Law Review*, núm. 46, vol. 6, 2009, p. 1801. Véase también la nota al pie núm. 32 contenida en esa misma página.
[167] GARBEN, SACHA, «Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers», *Journal of Common Market Studies*, núm. 58, vol. 1, 2020, p. 47.
[168] STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BVerfG 2/08, apartado 252. Véase la versión original en alemán, puesto que en la redacción en español ha sido traducida por «tradicionalmente».
[169] HALBERSTRAM, DANIEL y MÖLLERS, CHRISTOPH, «The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"», *German Law Journal*, núm. 10, vol. 8, 2009, pp. 1249-1250.

A modo de breve inciso aclaratorio, estas cláusulas son un procedimiento de reforma de los Tratados, alternativo al procedimiento ordinario y al simplificado, por el que se modifica el régimen de votación en el Consejo y el tipo de procedimiento legislativo, esto es, sustituyendo el requisito de la unanimidad por el de mayoría cualificada y el procedimiento legislativo especial por el ordinario, a excepción de las decisiones con repercusiones militares o en el ámbito de defensa. Cualquier iniciativa a este respecto será transmitida por el Consejo Europeo a los Parlamentos nacionales que gozan de un período de seis meses para ejercer su derecho de oposición. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha considerado que estas pasarelas equivalen a una reforma de los Tratados y, en consecuencia, impone importantes condicionantes para dar su voto favorable en el Consejo[170]. En este sentido, se prevé un régimen diferenciado según se trate de la cláusula pasarela general y las cláusulas paralelas especiales. Estas últimas difieren de aquella por ciertas particularidades procesales y su restringido ámbito de aplicación que se dirige a la PESC (art. 31.3 TFUE), Derecho de familia (art. 81.3 TFUE), derechos sociales (art. 151.3 TFUE), algunas disposiciones de Derecho medioambiental (art. 192.2 TFUE), marco financiero multianual (art. 312.2 TFUE) y cooperaciones reforzadas (art. 333.2 TFUE). Para el caso de las cláusulas pasarela especiales, el Tribunal Constitucional Federal impone que el voto afirmativo del representante alemán en el seno del Consejo o del Consejo Europeo requiere el apoyo parlamentario previo del *Bundesrat* o, en la medidas en que las competencias de los Länder se vean afectadas, del *Bundestag*[171]. Por su parte, en el caso de la cláusula general, es preciso adicionalmente que el consentimiento del Parlamento nacional adopte la forma de ley[172]. Así, las críticas sobre el dudoso fundamento del elenco de materias a las que el Tribunal otorga la condición de funciones esenciales del Estado se debe, entre otras circunstancias, a que coinciden en gran medida con las áreas susceptibles de someterse al régimen de las cláusulas pasarela especiales que acabamos de enumerar y, por tanto, se recurre a este vía para obstaculizar el resultado de legislar sobre estas áreas que revisten una especial sensibilidad[173]. En términos especialmente críticos se han mostrado Halberstram y Möllers, que valoran que esta construcción judicial no es más que «un argumento *ad hoc* en defensa de un resultado preordenado»[174].

El Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales domésticos sostienen posiciones no exactamente coincidentes en consideración al papel de la identidad nacional como límite a la integración europea, siendo las funciones esenciales del Estado una manifestación más de esa dualidad de planteamientos relativamente divergentes. Sin perjuicio de abordar esta cuestión de manera pormenorizada con ocasión del estudio

---

[170] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, LEONARDO, "Soberanía y Democracia en el Discurso Europeo del Tribunal Constitucional Alemán". ¿Una Nueva Defensa Ad Extra de la Democracia?", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.
[171] STCFA de 30 de junio de 2009, asunto Lisboa, 2 BVerfG 2/08, apartado 320.
[172] STCFA de 30 de junio de 2009, asunto Lisboa, 2 BverfG 2/08, apartado 319.
[173] HALBERSTRAM, DANIEL y MÖLLERS, CHRISTOPH, «The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"», *op.cit.*, pp. 1248-1249.
[174] *Ibid.*, p. 1250.

jurisprudencial de ambos órganos judiciales, baste apuntar en estos momentos las líneas básicas de esta jurisprudencia para el caso específico de las potestades estatales nucleares.

De un lado, la visión tradicionalmente defendida por el Tribunal de Luxemburgo es que los Estados miembros han limitado de manera permanente su soberanía en una variedad cada vez más amplias de materias e, igualmente, ha rechazado la existencia de un «núcleo de soberanía nacional» que pueda ser invocado como una excepción absoluta a la acción del Derecho de la Unión[175]. En efecto, el Tribunal de Justicia se expresado con claridad a este respecto en el asunto ZZ cuando afirmó que «si bien corresponde a los Estados miembros adoptar las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, el mero hecho de que una resolución esté relacionada con la seguridad del Estado no puede entrañar la inaplicabilidad del Derecho de la Unión»[176]. En consecuencia, es fácilmente constatable que el Derecho supranacional ha intervenido en no pocas ocasiones en ámbitos normativos que inciden sobre las áreas competenciales expresadas en la cláusula de identidad nacional a pesar de no contar con una previa y expresa atribución que avale esa acción legislativa[177]. Con ello no se quiere transmitir la idea que el legislador europeo no encuentre límites desde el punto de vista del Derecho de la Unión ni tampoco que no adopte una actitud deferencial cuando concurren intereses nacionales especialmente sensibles y debidamente justificados. Por el contrario, la idea fundamental que se quiere expresar es que entre tales impedimentos no se encuentran determinados ámbitos competenciales delimitados *a priori*, como es el caso de los enumerados en el artículo 4.2 TUE[178].

De otro lado, existe un relato paralelo amparado por los Tribunales Constitucionales nacional respecto del cual el *Bundesverfassungsgericht* es, una vez más, el principal narrador. De entrada, este Tribunal reconoce que el Derecho de la Unión ha intervenido en determinadas áreas legislativas comprendidas dentro de los confines que él mismo considera reservados a la intervención del legislador alemán. Ahora bien, esta circunstancia no justifica por sí misma que esos hipotéticos actos legislativos deban estimarse necesariamente contrarios a la Ley Fundamental de Bonn, salvo que no concedan un espacio suficiente para la autoderminación nacional en los ámbitos legislativos delimitados en el asunto Lisboa. En ese caso, el Tribunal Constitucional Federal alemán se reserva la facultad de controlar que la actividad legislativa de la Unión no exceda tales límites y, en caso de que los mismos no sean respetados, puede rechazar la aplicación de la norma controvertida. Insistimos, finalmente, en que esta respuesta articulada por el Tribunal de Karlsruhe refleja la característica contradicción de pareceres entre las más altas instancias jurisdicionales en la Unión Europea sobre los límites a la integración europea, que será objeto de un tratamiento en detalle en los próximos

[175] LENAERTS, KOEN, «Constitutionalism and the Many Faces of Federalism», *American Journal of Comparative Law*, núm. 38, vol. 2, 1990, p. 220.
[176] STJUE de 4 de junio de 2013, asunto ZZ, C-300/11, apartado 38.
[177] GARBEN, SACHA, «Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers», *op.cit.*, p. 43.
[178] *Ibid.* p. 44.

capítulos, siendo suficiente por el momento sentar los términos del debate y las posiciones de partida.

IV. Identidad nacional desde una perspectiva nacional: análisis de la normativa constitucional

1. Introducción

La noción de identidad nacional nos remite a una serie de normas que se caracterizan por constituir el núcleo constitucional esencial que singulariza a un determinado ordenamiento jurídico. En otras palabras, por tal entendemos a un conjunto de disposiciones definitorias de un sistema jurídico, de manera que nos permiten tanto identificar a un determinado sistema jurídico como diferenciarlo de cualquier otro[179]. Así entendido, no puede extrañar que exista un amplio consenso entre la doctrina en partir de las Constituciones nacionales como un indispensable referente normativo a partir del cual extraer los rasgos primordiales de un ordenamiento jurídico. A fin de cuentas, en estos textos jurídicos se contiene el marco normativo básico de una comunidad política con vocación de permanencia del tiempo.

La idoneidad de los textos constitucionales como repositorios de la identidad nacional se aprecia con claridad a la luz de su doble función expresiva y constituva. Por un lado, la Constitución no puede entenderse como una construcción jurídica al margen de la realidad social que le ha dado forma. No son textos neutrales en el sentido de que incorporan principios y valores cuya selección requiere tomar el pulso de la sociedad y ser fieles al tipo de comunidad política que quieren conformar[180]. Por otro, la Constitución contribuye a forjar una identidad nacional, lo cual es particularmente patente en Estados que carecen de una identidad previa a su conformación, como en el caso de los Estados Unidos o de aquellos Estados que han atravesado una grave crisis identitaria, como en Alemania con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial[181]. En estos casos, la Constitución nacional «opera como criterio rector en los procesos decisivos de identificación» cuando «una amplia mayoría de ciudadanos vea en la Constitución (…) el fundamento de su pertenencia al grupo» o cuando el Derecho Constitucional «crea o configura criterios determinantes del comportamiento humano»[182].

---

[179] En referencia a las dos posibles sentidos del término identidad, ya sea para reconocer una serie de elementos en común como para subrayar la especificidad, *vid.* VIALA, ALEXANDRE, «Le concept d'identité constitutionnelle: Approche théorique», *op.cit.*, p. 8.
[180] TUSHNET, MARK, «The Possibilities of Comparative Constitutional Law», *The Yale Law Journal*, núm. 108, 1995, pp. 1269-1270.
[181] CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law, op.cit.*, p. 162.
[182] VON BOGDANDY, ARMIN, «Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de *lege lata* y *lege ferenda*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, 2005, pp. 18-19.

En esencia, la idea de identidad nacional puede ser reconducida dentro de una categoría más general a la que podríamos referirnos como identidad jurídica [183]. Con esto queremos expresar que toda norma jurídica, desde una Constitución hasta una ley ordinaria, presenta un núcleo esencial irreductible que la definen como una norma jurídica individual e individualizable. La particularidad de la identidad nacional es que la misma tiene por objeto una Constitución, y ahí radica su diferencia. En rigor, una fuente privilegiada para conocer la identidad nacional es su Constitución nacional, aunque la misma no es capaz de agotarla por sí misma, siendo preciso contar con la asistencia de legislación y jurisprudencia constitucional que desarrollen e interpreten los textos constitucionales[184]

Estas consideraciones preliminares nos conducen irremediable a una cuestión insoslayable: ¿cómo podemos conocer la identidad nacional de un Estado miembro? Para dar respuesta a este interrogante nos servimos de las reflexiones de Troper que ha sostenido que «la identidad constitucional resulta de un proceso de extracción de ciertos principios que pueden ser defendidos como esenciales y en cuanto tales distinguibles de otras normas constitucionales y que pueden ser confiados para proteger la integridad de la constitución»[185]. Este es precisamente el cometido que nos proponemos abordar seguidamente. Para poder discernir lo verdaderamente esencial y definitorio de un ordenamiento jurídico será preciso indagar en profundidad en los textos constitucionales, concentrándonos primordialmente en dos contenidos claves en los que se refleja la identidad nacional: los Preámbulos o introducciones y los procedimientos de reforma. Por último, sirviéndonos de todo este sustrato teórico y consabido el carácter estatal de la identidad nacional, procederemos a un examen específico de los casos español e italiano. Con ello conseguiremos ofrecer las dos caras de la identidad nacional concebida como un concepto complejo y compuesto en el que es preciso tomar en consideración simultáneamente el Derecho nacional y el Derecho de la Unión, que ha sido analizado previamente con ocasión de la interpretación del artículo 4.2 TUE.

2. Preámbulos y procedimientos de reforma

2.1 Preámbulos o introducciones de las Constituciones nacionales

[183] MARTÍ, JOSÉ L., «Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 23.

[184] GREWE, CONSTANCE, «Methods of Identification of National Constitutional Identity», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 38-39; MARTÍ, JOSÉ L., «Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People», *op.cit.*, p. 24.

[185] TROPER, MICHEL, «Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France», en SAJÓ, ANDRAS y UITZ, RENATA, *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, p. 202.

Las Constituciones constituyen una fuente normativa privilegiada en la tarea de determinar la identidad nacional de un Estado, siendo el preámbulo una de las partes de los textos constitucionales donde la expresión de la misma es más fácilmente apreciable[186]. En primer lugar, es preciso constatar que todos los Estados miembros cuentan con una Constitución escrita, si bien solo trece de ellas incorporan un Preámbulo con el que se da inicio a la misma. Dicho esto, es necesario superar una visión excesivamente formalista que nos impida tomar en consideración otros contenidos del texto constitucional que, aunque no reciban la denominación de Preámbulo, cumplen el mismo propósito, por lo que sería sería un error descartar su pertinencia. Adoptar este enfoque nos va a permitir ampliar nuestro análisis a las que genéricamente podemos llamar introducciones de las Constituciones nacionales y, en ese caso, a excepción del caso de los Países Bajos, todas cuentan con una.

Un examen general de las Constituciones nacionales nos permite observar que las introducciones cumplen dos posibles funciones; ya sea «situar a las constituciones en su tiempo, estableciendo un vínculo con el pasado y describiendo las perspectivas futuras»; ya sea evocar «la esencia y la sustancia de una constitución», siendo esta última la que debe atraer nuestra atención[187]. A su vez, es posible discernir un doble contenido: uno que podemos llamar institucional o soberanista, que contiene aspectos referentes al Estado y sus instituciones (territorio, capital, símbolos, lengua o soberanía), y otro al que podemos denominar sustantivo, que alberga cuestiones más variadas reflejo de la evolución de una filosofía tradicional liberal a valores sociales y ecológicos (democracia, Estado de Derecho, Estado social, derechos fundamentales, medio ambiente), así como una apertura al contexto internacional (paz o cooperación internacional)[188]. Esta distinción no es intrascendente porque a partir de la misma es apreciable una clara división geográfica entre aquellos Estados situados en la parte occidental del continente en los que la dimensión soberanista está prácticamente ausente frente y, por otro, aquellos que privilegian precisamente esa vertiente, que se ubican preferentemente en la Europa oriental. A este respecto, se ha observado que los Estados miembros que pertenecieron a la órbita comunista han experimentado de manera muy reciente la recuperación de la estatalidad y de la soberanía, lo que ha conducido a mitificarla y a protegerla constitucionalmente[189]. Siendo así, se ha afirmado que «la única fuerza capaz de forjar una cohesión social después de la caída del comunismo fue la idea de un Estado-nación basado ampliamente en la idea de soberanía»[190] o, incluso, que para los países que se integraron en la Unión con motivo de la gran adhesión del año 2004 la soberanía es su

---

[186] GREWE, CONSTANCE, «Methods of Identification of National Constitutional Identity», *op.cit.*, pp. 44-47.
[187] *Ibid.* p. 44.
[188] *Ibid.* p. 45.
[189] *Vid.* ALBI, ANNELI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; ALBI, ANNELI, «Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of "Co-operative" Constitutionalism», *European Constitutional Law Review*, núm. 3, vol. 1, 2007, pp. 25-67.
[190] SADURSKI, WOJCIECH, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 66.

identidad[191]. Observando las introducciones de las Constituciones nacionales, se puede apreciar el uso de determinados adjetivos como «inviolable», «inalienable», «sagrado» o «eterno», que se refieren a realidades jurídicas presumiblemente conectadas con las respectivas identidades nacionales[192]. Gracias a estas consideraciones generales, podemos proceder a señalar más específicamente aquellas previsiones constitucionales contenidas en las introducciones que son particularmente sensibles para el constituyente nacional.

Un primer caso de estudio para conocer la vinculación entre los Preámbulos o introducciones de las Constituciones y la identidad nacional es el de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Quizás, uno de los aspectos más señalados de su Preámbulo, en contraste con otros ordenamientos europeos, es que el mismo contiene una enumeración completa de todos los *Länder* que forman parte de la República Federal de Alemania. Además, otras peculiaridades constitucionales que han sido especialmente reforzadas por la letra de la Constitución en su artículo 1-que, entendido en un sentido amplio, forma parte de su introducción- son la dignidad, que es calificada como «intangible» y los derechos humanos, declarados «inviolables» e «inalienables». Otro caso puede ser el de la Constitución de Bélgica de 1994 que, si bien carece de Preámbulo, resulta muy revelador que, a diferencia de la práctica habitual en otras Cartas Magnas europeas, dedica todo si Título I a la estructura federal del Estado. En tercer y último lugar, la Constitución francesa de 1958 proclama en su Artículo 1 los caracteres del Estado, entre los que refiere que Francia se constituye en una República laica, lo cual va más allá de un simple reconocimiento de la libertad religiosa en su catálogo de derechos fundamentales. Estos tan solo constituyen uno ejemplos, de tantos otros posibles, que no pretenden ser exhaustivos, sino simplemente poner de manifiesto la relevancia y la utilidad de las introducciones de las Constituciones nacionales como una fuente –algo precaria- a partir de la cual conocer determinados contenidos constitucionales a los que el constituyente nacional ha decidido otorgado una especial importancia.

2.2. Procedimientos de reforma constitucional

Un especial interés merecen los procedimientos de reforma constitucional en nuestra tarea de desentrañar la identidad nacional de los Estados miembros. Una lectura atenta de las Constituciones nacionales pone de relieve que se reconocen diferentes grados de protección a diversos contenidos de las mismas. Reconocer una mayor o menor tutela puede responder a diferentes motivaciones, pero tiene sentido pensar que el constituyente haya querido dispensar con una garantía reforzada a aquellos principios y normas que integran el núcleo constitucional. Aun siendo un indicio sólido del carácter

[191] SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA, «Why Constitutional Identity Suddenly Matters: A Tale of Brave States, a Mighty Union and the Decline of Sovereignty», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 4.
[192] GREWE, CONSTANCE, «Methods of Identification of National Constitutional Identity», *op.cit.*, p. 46.

central de ciertas disposiciones, hay autores que sostienen que no puede ser un argumento definitivo que nos permite discernir la parte esencial de una Constitución de aquella que no la es[193]. En este sentido, se ha defendido que el especial blindaje de determinadas partes de las Cartas Magnas puede responder también a una voluntad de dotarles de una mayor estabilidad que evite que su permanencia esté continuamente cuestionada, del mismo modo que otras que sí tienen la consideración de esenciales no cuenten con esa protección para permitir que pueden adaptarse más fácilmente a posibles cambios en el futuro[194]. A este respecto, pueden citarse ejemplos de ambas expresiones.

Por un lado, tenemos el caso de la extensa cláusula de intangibilidad portuguesa que contiene hasta catorce puntos, pudiéndose interpretarse que no necesariamente todos ellos, aun reconociéndose su relevancia constitucional, presentan una vinculación con su identidad nacional. Entre otros, este puede ser el caso del límite material a la reforma impuesto respecto de los comités de trabajadores (art. 288, apartados l, de la Constitución portuguesa de 1976). Por otro lado, un rasgo que presenta un importante valor en la arquitectura constitucional de muchos Estados miembros es la existencia de Tribunales Constitucionales o autoridades jurisdiccionales análogas a las que se le atribuye el papel de ejercer un control concentrado de constitucionalidad de las leyes y, sin embargo, las Constituciones nacionales no otorgan con carácter general una especial protección a esta elección constituyente por medio de un procedimiento de reforma diferenciado.

No existiendo un régimen jurídico uniforme en Europa por lo que a la reforma constitucional se refiere, es preciso diferenciar cada uno de los modelos existentes. De acuerdo con Grewe, pueden identificarse tres tipologías (material, procedimental y formal)[195], apreciándose un sustancial equilibrio en cuanto al número de Estados miembros que se integran en cada uno de estos tres grupos[196], que serán analizados individualmente[197].

En primer lugar, el modelo de reforma material o sustancial es aquel que incorpora unas disposiciones muy características (cláusulas de intangibilidad o de eternidad) dirigidas a impedir que determinadas previsiones normativas puedan ser objeto de modificación. Pueden existir distintas causas para sustraer determinados contenidos del poder de reforma, si bien no hay duda de que entre las mismas está presente la idea de preservar algunas normas que tienen la consideración de inmutables e inderogables. A

---

[193] MARTÍ, JOSÉ L., «Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People», *op.cit.*, pp. 26-27.
[194] *Ibidem*. Véase también pie de página núm. 29 contenido en esa misma página.
[195] *Vid*. GREWE, CONSTANCE, «Methods of Identificaction of National Constitutional Identity», *op.cit.*, pp.40-44.
[196] Está excluido de este examen el caso británico porque se ajusta a un modelo de Constitución flexible. De acuerdo con este modelo, las posibles reformas que se deseen operar sobre los materiales jurídicos de contenido constitucional se someten al mismo procedimiento de reforma que la ley ordinaria lo cual encuentra su justificación en el principio de soberanía parlamentaria.
[197] *Vid*. GREWE, CONSTANCE y RUIZ FABRI, HELENE, *Droits constitutionnels européens*, PUF, París, 1995, pp. 53-66.

todas luces, el modelo de reforma material es aquel que ofrece indicios más claros sobre la distinción entre una parte esencial y otra no esencial, pudiendo vincularse la primera de ellas con una identidad nacional que se juzga que debe ser defendida frente a futuras e hipotéticas operaciones de reforma[198]. Tales cláusulas de eternidad constituyen una primera referencia de inestimable valor, pero no delimitan exhaustivamente el núcleo duro constitucional en aquellos Estados miembros que han asumido este modelo de reforma constitucional. A modo de precisión, debe señalarse que, por lo que respecta a los restantes sistemas de reforma, si bien la ausencia de una cláusula de intangibilidad puede dificultar una identificación tan inmediata de su identidad nacional, es posible valerse de otras disposiciones normativas que, por razón de su ubicación sistemática y de su centralidad en el correspondiente ordenamiento nacional, pueden revelar la conexión con su patrimonio constitucional esencial.

Un total de ocho Estados han optado por sumarse al modelo material mediante la prohibición de ciertas reformas parciales de sus respectivas Cartas Magnas[199]. Con carácter general, estos obstáculos a la reforma suelen ser bastante limitados, existiendo incluso coincidencias de contenido entre diferentes Estados. Excepcionalmente, algunos Estados miembros presentan un régimen constitucional por el que se regulan los límites materiales a la reforma de manera extensa como es el caso de Chipre (anexo III de la Constitución de Chipre) y Portugal (art. 288 de la Constitución portuguesa). Entre los diferentes componentes de este primer grupo, cabe mencionar los casos de Alemania, Francia e Italia que, como sabemos, han merecido un tratamiento especial a lo largo de nuestra investigación.

La cláusula de intangibilidad de la Ley Fundamental de Bonn aparece prevista en el artículo 79.3 que, a su vez, remite a los principios enunciados en los artículos 1 y 20. En suma, los límites materiales a la reforma constitucional en Alemania se concretan esencialmente en los siguientes puntos: la dignidad humana, los derechos fundamentales inviolables e inalienables, el carácter republicano del Estado, el Estado federal, la participación de los *Länder* en la legislación y el Estado democrático y social. En Francia y en Italia, las respectivas cláusulas de intangibilidad (artículo 89 de la Constitución francesa y artículo 139 de la Constitución italiana)[200] tienen un contenido idéntico, prohibiéndose expresamente la posibilidad de abolir la forma republicana de gobierno[201].

---

[198] GREWE, CONSTANCE, «Droits intangibles», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* - Constitutions et droit pénal hiérarchie(s) et droits fondamentaux, núm. XXVI - 2010, Economica, París, 2011, p. 437.

[199] Este es el caso de Alemania, Chipre, Francia, Grecia, Italia, Portugal, República Checa y Rumanía.

[200] Artículo 89 de la Constitución francesa de 1958: «No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma».
Artículo 139 de la Constitución italiana de 1948: «La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional».

[201] En cualquier caso, y en aras de evitar una excesiva simplificación, es preciso al menos matizar dicha equiparación entre ambos regímenes jurídicos. Por un lado, el Consejo Constitucional francés no se considera competente para enjuiciar la constitucionalidad de una reforma constitucional (Sentencia del Consejo Constitucional de 26 de marzo de 2003, núm. 2003-469) y la cláusula de intangibilidad se ha

Se puede apreciar que el resultado de aplicar las dos técnicas propuestas para la búsqueda de la determinación de la identidad nacional -los Preámbulos y los procedimientos de reforma- puede dar lugar al mismo resultado. Así pues, en el caso concreto de Alemania, ya afirmábamos que lo que habíamos venido a llamar parte introductoria de la Constitución apuntaba como elemento esencial de la identidad nacional a la dignidad humana y a la organización federal del Estado, que son, de nuevo, elementos que salen a la luz como resultado de aplicar este segundo método de identificación.

En segundo lugar, el modelo procedimental es aquel que prevé dos posibles vías de reforma constitucional: parcial o total. A diferencia del anterior, no contempla límites materiales o absolutos al poder de reforma, de modo que todo el contenido de la Constitución es susceptible de ser modificado. Ahora bien, según se desee reformar la Constitución parcial o totalmente, el procedimiento que se ha de seguir será distinto. Entre los ocho Estados miembros que se adscriben a este modelo, es posible apreciar dos posible variantes[202]. De un lado, se encuentran aquellos Estados que no imponen criterios excesivamente gravosos que dificulten sobremanera la reforma, siendo muy similares los procedimientos de reforma parcial y total. Por el contrario, existen otros casos en los que el procedimiento de reforma total es muy exigente por razón de las mayorías exigibles para su aprobación y de los trámites procedimentales que deben seguirse, lo que en la práctica hace que el este procedimiento sea casi asimilable al modelo material.

En tercer y último lugar, el modelo formal es aquel que somete la reforma de las normas constitucionales a un único procedimiento de revisión. Expresado en términos negativos, no existen cláusulas de intangibilidad que proscriban la reforma de determinadas reglas, ni tampoco un doble procedimiento de reforma. Este es el grupo más numeroso y se integran en él un total de once Estados miembros[203]. Como resultado, no es posible discernir en base a este modelo entre un grupo de normas esenciales y otro conjunto de normas no esenciales. Por consiguiente, este último modelo resulta poco útil a los efectos de conocer aquellas disposiciones que puedan tener relación con la identidad del texto constitucional. En consecuencia, es preciso acudir a otros medios que así lo revelen, como puede ser el análisis de sus preámbulos o, incluso, los pronunciamientos emitidos por las más altas instancias jurisdiccionales en virtud de los cuales se aducen reservas constitucionales a determinadas reformas de los Tratados.

3. Estudio de la identidad nacional italiana y española en los ordenamientos nacionales

interpretado en un sentido estricto. Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia constitucional han ampliado el contenido explícito de la cláusula de intangibilidad con la asistencia de un contenido implícito que incorpora además los principios fundamentales del Título I y los derechos inviolables a que se refiere su artículo 2.

[202] Austria, Bulgaria, España, Estonia, Letonia, Lituania, Malta y Polonia.

[203] Bélgica, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y Suecia.

3.1. Introducción

Existe unanimidad en considerar que la identidad nacional es un concepto de naturaleza estatal. No se trata, por tanto, de una categoría jurídica uniforme para todos los Estados miembros, sino que cada uno de ellos ostenta un patrimonio identitario único. No obstante, aun reconociendo su especificidad, esto no nos puede conducir a pensar que existe una distancia mayúscula entre unos y otros. Es más, cabe pensar que diferentes Estados europeos puedan estimar que un mismo principio integra su núcleo constitucional, sin que esa coincidencia suponga la expulsión de esa esfera constitucional especialmente protegida. Del mismo modo, tampoco existe a este respecto una divergencia superlativa entre los Estados miembros y la Unión, que es la que potencialmente puede lesionar dicha identidad nacional por medio de su acción u omisión. La Unión se ha forjado como una comunidad de Derecho y de valores y, para ello, se ha tomado tradicionalmente como referencia las tradiciones constitucionales comunes. Es por ello que el espacio europeo comparte en una importante medida principios y valores que son comunes a todos ellos e, incluso, sería previsible que existiera una tendencia hacia la convergencia con el transcurso del tiempo[204].

Más allá de las reflexiones teóricas que nos han precedido, es conveniente añadir un estudio concreto de las experiencias jurídicas italiana y española a fin de presentar una visión rigurosa del fenómeno de la identidad nacional, que sería necesariamente incompleta si no incorporase una aproximación individual a los ordenamientos nacionales. El examen de estos dos específicos casos de estudio se justifica por tratarse de Estados miembros que, aun formando parte de una misma tradición jurídica constitucional, se integran en dos modelos de procedimiento de reforma diferentes. En estas circunstancias, puede resultar de interés analizar y contrastar dos situaciones jurídicas vecinas, pero al mismo tiempo diferenciadas. A modo de cautela metodológica, debe precisarse que en estos momentos únicamente nos ocuparemos de estudiar ambos fenómenos desde una perspectiva exclusivamente nacional, remitiéndonos por motivos sistemáticos al siguiente capítulo para una perspectiva jurisprudencial europea.

3.2. Primer caso de estudio: identidad nacional italiana

Asumiendo las pautas de investigación enunciadas anteriormente en relación a la búsqueda de la identidad nacional, corresponde que nos detengamos en el estudio del Preámbulo y del procedimiento de reforma constitucional en Italia. De entrada, la Constitución italiana carece de un Preámbulo, si bien una posición no formalista nos permitiría extender esta idea a lo que hemos venido a llamar la parte introductoria de las

[204] Siguiendo en este punto al AG P. Cruz Villalón, «la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros». Conclusiones de 14 de enero de 2015 del AG P. Cruz Villalón, Gauweiler, C-62/14, apartado 61.

Constitucionales nacionales. Su identificación se puede extraer de la propia estructura de la norma fundamental italiana, que se organiza en dos partes principales (Parte I, «derechos y deberes de los ciudadanos», y Parte II, «ordenamiento de la República»), precedidas por los denominados «principios fundamentales».

En un sentido amplio, y a los solos efectos de este concreto análisis, podríamos hacer coincidir los *principi fondamentali* (arts. 1 a 12) con la parte introductoria de este texto jurídico basándonos en su ubicación, denominación y contenido. Entre tales principios, se reconocen la forma republicana, la democracia, la soberanía popular, el principio de igualdad, los derechos inviolables del hombre, la unidad de la República, la autonomía local, la separación Iglesia-Estado o la apertura al Derecho Internacional. Como ya afirmamos anteriormente en el análisis teórico general, este elenco de principios constituye un primer indicio en el camino a la determinación de la identidad nacional, siendo más claro y determinante el régimen jurídico relativo a su reforma constitucional.

La Constitución italiana regula la reforma constitucional en la Sección Segunda del Título VI de la Segunda Parte «Revisión de la Constitución. Leyes constitucionales» (arts. 138 y 139). El artículo 138 de la Constitución italiana se ocupa del procedimiento de reforma por el que se exige la intervención de ambas Cámaras, se indican los umbrales de votación necesarios y la obligatoriedad o no, según los casos, de convocar un referéndum. Mayor importancia, por lo que a nosotros nos interesa, presenta el artículo 139 de la Carta Magna italiana que contempla la cláusula de intangibilidad italiana, que dispone sucintamente: «La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional». A todas luces, el sistema de reforma constitucional italiano se incorpora al modelo material europeo, que se caracteriza por la presencia de cláusulas de intangibilidad o eternidad que actúan como límite al poder de reforma y, adicionalmente, no presenta diferencias procedimentales según se trate de la modificación de unas u otras disposiciones de la norma fundamental. Como se puede apreciar, a diferencia de lo que sucede en otros Estados miembros, el constituyente italiano ha decidido incorporar a la mencionada cláusula un contenido muy limitado.

No obstante, la doctrina italiana ha afirmado tradicionalmente que, junto con el único límite expreso a la reforma constitucional declarado en el artículo 139 de la Constitución italiana, existen también límites implícitos, en referencia a una serie de principios que no pueden ser objeto de revisión por el procedimiento regulado en el artículo 138 de ese mismo instrumento jurídico. Tales principios estarían exclusivamente dentro del alcance del poder constituyente, de manera que excedería del ámbito del poder de reforma del poder constituido[205]. Es por ello que se considera que una revisión completa de la Constitución no está permitida en el ordenamiento jurídico italiano[206]. En este sentido, es imprescindible la referencia a la sentencia 1146/1988 del Tribunal

[205] GROPPI, TANIA, «Constitutional revision in Italy. A marginal instrument for constitutional change», en CONTIADES, XENOPHON (ed.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Routledge, Londres, 2013, p. 210.
[206] GROSSO, ENRICO, «Articolo 139», en BIFULCO, RAFFAELE, CELOTTO, ALFONSO y OLIVETTI, MARCO (eds.), *Commentario della Costituzione*, UTET, Milán, 2006, p. 2731.

Constitucional italiano en la que se pronuncia expresamente acerca de la existencia de una serie de principios supremos que están exentos de toda posible reforma constitucional:

> «La Constitución italiana contiene algunos principios fundamentales que no pueden ser subvertidos o cambiados en su contenido esencial ni por leyes constitucionales de revisión ni por leyes constitucionales. Tales son tanto los principios que la propia Constitución prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (artículo 139 de la Constitución), como los principios que, no siendo expresamente mencionados entre aquellos no susceptibles de ser sometidos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución italiana»[207].

Esta ha sido la única ocasión en la que la Consulta se ha referido a tales principios supremos implícitos que, por otra parte, aparecen expresados en términos sumamente generales sin ofrecer una mayor concreción que nos permita una identificación precisa de los mismos. Existe también un debate en relación a la posibilidad de reformar el propio artículo 138 de la Constitución italiana relativo al procedimiento de revisión, siendo mayoritaria la posición de que el mismo puede ser modificado siempre que quede a salvo el carácter rígido del propio texto constitucional[208].

La interpretación literal del texto constitucional italiano debe ser necesariamente completada con los fallos de la *Corte costituzionale* que han profundizado sobre este particular en el concreto marco de las relaciones entre el ordenamiento nacional y supranacional. Esta jurisprudencia se inscribe fundamentalmente en un marco de continua resistencia por parte de los Tribunales Constitucionales para adaptarse a las exigencias del orden supranacional cuya puesta en marcha trajo consigo la transformación de algunos de los más importantes principios de los sistemas constitucionales nacionales. Fundamentalmente, estas fricciones son debidas a la proclamación del principio de primacía por parte del Tribunal de Justicia, que no estaba previsto expresamente en los Tratados constitutivos. El reconocimiento de este principio añadió una importante tensión constitucional en la medida en que ponían en cuestión el carácter de las Constituciones como normas supremas de los ordenamientos nacionales.

El Tribunal Constitucional italiano se ha erigido como una auténtica autoridad en el espacio judicial europeo por razón de haber ha creado una doctrina que posteriormente ha sido asumida, a grandes rasgos, por un buen número de Cortes Constitucionales: la teoría de los contralímites[209]. Estos se conciben como la última etapa de un largo camino por el que la jurisdicción constitucional italiana se ha ido adaptando a las exigencias europeas y, en particular, al principio de primacía. Expresado en pocas palabras, la

---

[207] STCI de 15-29 de diciembre de 1988, 1146/1988, apartado 2.1.

[208] PACE, ALESSANDRO, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padua, 1997, p. 38.

[209] Se ha atribuido la autoría del término *controlimiti* a Paolo Barile. En este sentido, *vid*. BARILE, PAOLO, «Ancora su diritto comunitario e diritto interno», en AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. VI, Vallechi, Florencia, 1969, pp. 33-54.

Consulta, al igual que la mayoría de sus homólogos europeos, ha terminado por reconocer la primacía europea, si bien no se trata de un reconocimiento libre de condicionamientos. Así, ha enunciado una serie de principios nucleares del ordenamiento constitucional italiano que operan como una suerte de barrera infranqueable a las limitaciones de soberanía permitidas constitucionalmente.

La jurisprudencia de los contralímites fue establecida con claridad a partir de la sentencia Frontini que dispuso que:

> «*Sobre la base del artículo 11 de la Constitución se han consentido limitaciones a la soberanía únicamente para la consecución de los fines en el mismo indicados; y debe por tanto excluirse que tales limitaciones*, concretamente puntualizadas en el Tratado de Roma -suscrito por Países cuyos ordenamientos se inspiran en los principios del Estado de Derecho y garantizan las libertades ensenciales de los ciudadanos-, *puedan en todo caso comportar para los órganos de la CEE un poder inadmisible de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o derechos inalienables de la persona humana.* Es obvio que en el caso de que se diera al artículo 189 [actual art. 288 TFUE] una interpretación tan aberrante, en tal hipótesis estará siempre asegurada la garantía del control constitucional de este Tribunal sobre la perdurable compatibilidad del Tratado con los precedentes principios fundamentales»[210].

A partir de esta sentencia podemos extraer dos importantes ideas concernientes a la delimitación de la identidad nacional italiana y su protección en caso de posible transgresión. En primer lugar, esta decisión señala dos límites a las posibles transferencias de poder a las entonces Comunidades Europeas: los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables de la persona humana. A este respecto, se ha interpretado que la mención a los derechos inalienables es «pleonástico» en el sentido de que se trata de una mera redundancia innecesaria en la medida en que los mismos pueden simplemente reconducirse al primer límite enunciado[211]. La fórmula elegida por la *Consulta* está enunciada en términos muy amplios y, además, coincide con la rúbrica que agrupa a los primeros artículos de la Constitución italiana, lo que podría entenderse como una posible remisión a los mismos. Asimismo, siguiendo a aquellos autores que conciben a la identidad nacional como una noción unitaria que se erige al mismo tiempo como un límite a la revisión constitucional y como un contralímite[212], se

[210] STCI de 18 de diciembre de 1973, Frontini, 183/1973, apartado 9. La cursiva es nuestra. Traducción propia.

[211] RUGGERI, ANTONIO, «Primato del diritto sovranazionale *versus* identità costituzionale? (alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i controlimiti)» en BERNARDI, ALESSANDRO (coord.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionale*, Jovene, Nápoles, 2017, pp. 19-20 (pie de página núm. 1); RUGGIERI, ANTONIO, «Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita», en COSTANZO, PASQUALE, MEZZETI, LUCA y RUGGIERI, ANTONIO, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Turín, 2014, pp. 1 y ss.

[212] FARAGUNA, PIETRO, «Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni», en BERNARDI, ALESSANDRO (coord.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Nápoles, 2017, p. 374.

puede entender como una ampliación de la cláusula de intangibilidad por vía jurisprudencial[213].

En segundo lugar, este Tribunal se arroga la facultad de controlar una posible incompatibilidad entre los contralímites y el Tratado de Roma, sin entrar en mayores detalles sobre los criterios para llevar a cabo ese juicio y las consecuencias derivadas de una posible contradicción. Ante la vaguedad de las palabras utilizadas por el Tribunal Constitucional italiano para referirse a los efectos de esa posible colisión normativa, se ha especulado que una declaración de incompatibilidad pudiera incluso tener como resultado el de poner en cuestión la condición de miembro de Italia en la Unión Europea, aunque lo cierto es que no existe un pronunciamiento inequívoco en ese sentido[214].

Esta jurisprudencia fue confirmada posteriormente una década más tarde en una resolución de enorme importancia por lo que se refiere a la configuración de las relaciones entre el Derecho nacional y el supranacional. En cualquier caso, su aportación a la concreta línea jurisprudencial que nos trae aquí es más modesta. Así, entre las numerosas citas a la sentencia Frontini, vuelve a recordar los mismos dos límites a la soberanía nacional previstos en el art. 11 *Costituzione italiana*, así como su facultad para controlar su respeto en caso de una posible vulneración proveniente de instancias comunitarias. Con este pronunciamiento se asienta la novedosa doctrina afirmada unos años atrás, precisando que la hipótesis de que acontezca un conflicto entre el Tratado constitutivo y los mencionados principios es «improbable», como así queda patente en las siguientes líneas:

> «Este Colegio ha ya advertido en su sentencia núm. 183/73 que la ley de ejecución del Tratado puede estar sujeta a a su control en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana en la hipótesis contemplada, aunque sea improbable, en el número 9 de la parte motivada de la mencionada sentencia»[215].

Posteriormente, la *Corte costituzionale* se expresó sobre los contralímites en el marco de una problemática relativa a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, que va a dotar de mayor sentido a la jurisprudencia precedente. En la sentencia Fragd, el Tribunal Constitucional italiano admitió un cierto grado de maduración del sistema comunitario de protección de derechos fundamentales cuando reconoció que los principios comunes de los Estados miembros son parte integrante del ordenamiento comunitario y dentro de aquella categoría se incorporan los derechos fundamentales. Sin embargo, esto no supone un obstáculo para reafirmarse en su anterior jurisprudencia y esto se debe a que, si bien es «sumamente improbable», al menos teóricamente,

---

[213] GREWE, CONSTANCE, «Methods of Identification of National Constitutional Identity», *op.cit.*, p. 41.
[214] BARSOTTI, VITTORIA, CARTABIA, MARTA y SIMONCINI, ANDREA, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 216.
[215] STCI de 5 de junio de 1984, Granital, 170/1984, apartado 7. Traducción propia.

> «no podría afirmarse con certeza que todos los los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional se hallen entre los principios comunes de los ordenamientos de los Estados miembros y por tanto estén comprendidos en el ordenamiento comunitario»[216].

No puede olvidarse que cuando se establecen los principios de primacía y efecto directo en la década de los años sesenta no existía aún un catálogo de derechos fundamentales invocables ante un Tribunal de Justicia que, por otra parte, había declinado toda competencia para fallar sobre esta materia[217]. En consecuencia, era comprensible la existencia de un sentimiento común de preocupación en el seno de las más altas autoridades jurisdiccionales nacionales sobre la inadecuada protección de los derechos fundamentales frente a actos u omisiones de las instituciones u órganos comunitarios. Esta inquietud encuentra su reflejo no sólo en Italia, sino también en otros Estados miembros, siendo una clara manifestación de dicha intranquilidad las conocidas sentencias Solange I y Solange II emitidas por el Tribunal Constitucional Federal alemán[218]. Esto permite explicar que el único «principio fundamental del orden constitucional» explicitado por parte del Tribunal Constitucional italiano sean precisamente los derechos fundamentales porque eran aquellos sobre los que existían una mayor preocupación por su insuficiente tutela por parte de las autoridades supranacionales. Aun así, es cierto que la evolución experimentada en este ámbito en el espacio europeo vino acompañada por una jurisprudencia constitucional nacional que va progresivamente dificultando las facultades de control de los máximos órganos jurisdiccionales.

Más recientemente, ha atraído la atención de la doctrina italiana una sentencia por la que se aclara o, más bien, se amplía el ámbito de aplicación de la teoría de los *controlimiti*. De acuerdo con la sentencia 238/2014,

> «No hay duda, incluso, ha sido confirmado varias veces por este Tribunal, que los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables de la persona constituyen un límite al ingreso (…) de las normas internacionales generalmente reconocidas a las que el ordenamiento jurídico italiano se conforma según el artículo 10, apartado primero, de la Constitución (…) y operan como *controlimiti* al ingreso de las normas de la Unión Europea (…), además de como límite al ingreso de las normas de ejecución de los Pactos Lateranenses y del Concordato (…). Representan, en otros términos, los elementos identificativos e irrenunciables del ordenamiento constitucional, y por eso mismo sustraídos también de la revisión constitucional»[219].

Con estas declaraciones parece que se está admitiendo una extensión de esta doctrina más allá de los confines de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho

---

[216] STCI de 13-21 de abril de 1989, Fragd, 232/1989, apartado 3.1. Traducción propia.
[217] STJCE de 4 de febrero de 1959, Stork, 1/58, apartado 4.
[218] STCFA de 29 de mayo de 1974, Solange I, BVerfG 2 BvR 52/71; STCFA de 22 de octubre de 1986, Solange II, BVerfG 2 BvR 197/83.
[219] STCI de 22 de octubre de 2014, 238/2014, apartado 3.2.

supranacional (artículo 11 Constitución italiana), siendo aplicable tanto en el plano interno -revisión constitucional (arts. 138 y 139 Constitución italiana)- como en el externo o internacional (artículo 10 Constitución italiana). Existen, por tanto, similitudes sustanciales en la medida que el control se ejerce con base en los mismos límites, aunque lo cierto es que, a diferencia de la doctrina[220], el Tribunal prefiere reservar la terminología de contralímites exclusivamente para examinar la posible contradicción entre los principios fundamentales del ordenamiento nacional y las normas europeas.

Para finalizar, es necesario poner el énfasis en la dificultad de ofrecer una delimitación exhaustiva de la identidad nacional de un Estado miembro. En este sentido, son muy claras las palabras de Ruggieri que califica esta tarea como una «empresa ímproba»[221]. Dicha dificultad se debe a que la Constitución italiana no contiene una disposición explícita en virtud de la cual se identifiquen los *controlimiti*, la propia jurisprudencia constitucional no ha elaborado un elenco claro de las materias que los integran y la doctrina expresa posiciones diversas[222]. Con todo, el análisis del texto constitucional, así como la doctrina y la jurisprudencia constitucional nos ha permitido hasta cierto punto estrechar los contornos de esta noción. Y, todo ello, a falta de la imprescindible visión ofrecida desde el plano europeo a la que, como señalábamos, nos remitimos en el próximo capítulo por motivos sistemáticos.

3.3. Segundo caso de estudio: identidad nacional española

Para empezar, resulta imprescindible una breve referencia al marco jurídico-constitucional a los efectos de poder determinar este concepto en la esfera nacional española. Siguiendo las pautas comunes esbozadas previamente para la búsqueda de la identidad nacional, corresponde detenernos antes de nada en el Preámbulo y en los procedimientos de reforma.

El Preámbulo de la Carta Magna española es una referencia normativa que presenta un indudable valor a estos efectos, aunque ciertamente menor del que resulta del estudio del procedimiento de reforma constitucional. Se mencionan en el mismo algunos principios fundamentales del ordenamiento nacional, tales como la soberanía, el Estado de Derecho, los derechos humanos, la democracia o la cooperación internacional. Curiosamente, no son pocos los principios enumerados en esa parte introductoria que serán objeto de una especial protección por la vía de la reforma constitucional, de manera que pudieran resultar en cierta medida redundantes a los solos efectos de delimitar la

[220] FARAGUNA, PIETRO, «Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni», *op.cit.*, p. 366.
[221] RUGGERI, ANTONIO, «Primato del diritto sovranazionale *versus* identità costituzionale? (alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i controlimiti)», *op.cit.*, p. 43.
[222] TEGA, DILETTA, «L'attualità della teoria dei controlimiti dopo il Tratato che istituisce una Costituzione per l'Europa», en CARMONA CONTRERAS, ANA M. (ed.), La Unión Europea en perspectiva constitucional, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 106. Entre esa variedad de aproximaciones doctrinales, merece apuntar la opinión de Cartabia y Weiler, que incluyen entre los mismos a la forma republicana, los derechos fundamentales y la estructura regional. CARTABIA, MARTA y WEILER, JOSEPH H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bolonia, 2000, p. 172.

identidad nacional española. En estas circunstancias, pueden, si acaso, contribuir a confirmar su condición de valores básicos del Derecho doméstico, aunque, a diferencia de otros ordenamientos europeos, no puede decirse que se hayan empleado términos paticularmente enfáticos que hubieran contribuido de manera añadida a reconocer su condición de principios esenciales.

Entre los diferentes sistemas de reforma constitucional en Europa, la Constitución española de 1978 encaja en el denominado modelo procedimental, es decir, carece de una cláusula de intangibilidad y, al mismo tiempo, dispone de dos posibles cauces para un cambio en el texto constitucional. En particular, se ocupa de la reforma constitucional en su Título X en el que se contemplan dos posibles vías: la reforma ordinaria (artículo 167 CE) y la reforma agravada (artículo 168 CE). Esta segunda modalidad se impone para los casos de una revisión total o parcial que afecte al Título Preliminar, a la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero o al Título II. El Título Preliminar contiene los grandes principios del sistema constitucional español (Estado social y democrático de derecho, soberanía popular, unidad nacional, autonomía regional y valores superiores del ordenamiento jurídicos, entre otros), la Sección Primera del Capítulo II del Título I reconoce los derechos fundamentales y libertades públicas y, por último, el Título II regula la Corona. Para que prospere una modificación de cualquiera de estos contenidos constitucionales, se debe proceder fundamentalmente en cuatro pasos: aprobación del principio de reforma por una mayoría de dos tercios de ambas Cámaras, disolución de las Cortes, ratificación de las nuevas Cortes con la misma mayoría de dos tercios y, finalmente, aprobación en referéndum. En consideración a los requisitos exigidos y a las elevadas mayorías exigidas, puede fácilmente constatarse las dificultades para que fructifique una reforma agravada de la Constitución española. Precisamente, por razón de los estrictos requisitos impuestos, es posible interpretar una voluntad implícita del constituyente de considerar esos elementos especialmente protegidos con la identidad nacional de este Estado miembro. En la práctica, la reforma constitucional ha sido un instituto jurídico tradicionalmente soslayado del que se ha hecho uso únicamente en dos ocasiones y en ambos casos ha venido impuesta por las exigencias del proceso de integración europeo[223].

Una de las críticas más comunes por parte de la doctrina nacional respecto del sistema constitucional de reforma es la cuestionable elección de las materias que imponen la activación de la vía agravada. Así pues, si bien se trasluce claramente el carácter sensible de determinadas materias incluidas en la enumeración del artículo 168 CE (como pueda ser el caso del Estado social y democrático de Derecho, la soberanía popular o el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas), suscita mayores dudas que merezcan la misma protección otras cuestiones que aparecen especialmente tuteladas en los Títulos o Secciones antes enunciados.

[223] Reforma de 27 de agosto de 1992 y reforma de 27 de septiembre de 2011, que modifican, respectivamente, los artículos 13.2 CE y 135.1 CE. Con carácter general, *vid*. PÉREZ TREMPS, PABLO, *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 45-86.

El recurso a la cláusula constitucional sobre el procedimiento de reforma agravada es, sin duda, una imprescindible referencia normativa a la hora de identificar la identidad nacional española, aunque debe añadirse que insuficiente. A nuestro entender, el procedimiento de reforma es muy inclusivo porque la enumeración de las materias que gozan de una protección reforzada es muy amplia, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. En términos cuantitativos, su carácter extensivo puede apreciarse sin dificultades si se considera que el procedimiento de reforma agravada es obligatorio para más de un veinte por ciento de las disposiciones de la norma fundamental. Y lo es también cualitativamente porque, a nuestro parecer, no en todas las materias que se incluyen en esa relación subyace la necesidad de proteger un núcleo esencial cuya modificación supondría no propiamente una reforma constitucional, sino una revolución o, sencillamente, una nueva Constitución[224].

El debate relativo a la identidad nacional en el marco de la integración europea nace en España con motivo de un Dictamen del Consejo de Estado de 1991[225]. En particular, se pronunció sobre las cuestiones constitucionales que suscitaría un eventual reconocimiento del Tratado de Maastricht, que en ese momento se encontraba aún en fase de negociación[226]. Este órgano consultivo del Gobierno de España (107 CE), en interpretación de la conocida como cláusula de integración (artículo 93 CE), dispuso que:

> «Se rompe así la rigidez propia de los mecanismos de revisión constitucional, pues basta una ley orgánica para celebrar un tratado que ha de afectar a competencias que derivan de la Constitución.
>
> Ahora bien, esa posibilidad de eludir la rigidez constitucional no es ilimitada. En efecto, una ley orgánica de las previstas en el artículo 93, aprobada por unas Cortes ordinarias, puede autorizar un tratado que atribuya a una organización internacional competencias derivadas de la Constitución siempre que dicha atribución no afecte a materias constitucionales cuya reforma sólo puede efectuarse mediante el poder de revisión del artículo 168 de la Constitución, que está excluido de la competencia de unas Cortes ordinarias»[227].

En términos más concretos, declaró que:

---

[224] Diferenciando entre las ideas de revolución o reforma constitucional, según si una modificación constitucional afecta o no a la identidad de una Constitución, *vid*. JACOBSOHN, GARY J., «Constitutional Identity», *op.cit.*, p. 367; TULIS, JEFFREY, «Review of Bruce Akerman, We the People: Foundations», *The Review of Politics*, núm. 55, 1993.

[225] Estrictamente, los Informes y Dictámenes del Consejo de Estado, que es el supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 107 CE), no tienen la consideración de jurisprudencia, pero hemos decidido agruparlos en esta categoría general, entendida en un sentido amplio, dedicada al estudio de la identidad nacional española por la importancia de los mismos en la construcción de este concepto.

[226] Dictamen del Consejo de Estado sobre las cuestiones constitucionales que suscitaría un eventual reconocimiento en el Tratado de Unión Política del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales a favor de los ciudadanos de la Unión en el Estado miembro en el que residan, 20 de junio de 1991, 850/1991.

[227] *Ibid.*, apartado III.

> «por la vía del artículo 93 no pueden alterarse los valores superiores del ordenamiento, ni la forma y la estructura del Estado, ni sus bases institucionales, ni los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo, Sección primera del Título I de la Constitución»[228].

Apenas unos meses más tarde, el Consejo de Estado volvió a insistir sobre esta misma cuestión en nuevo informe que, a diferencia del anterior, se refería de manera expresa a la identidad nacional (Dictamen 421/1992). Así, tras remitirse al anterior Dictamen 850/1991 para recordar las materias identificadas con el núcleo duro de la Constitución, hizo coincidir los contenidos constitucionales inatacables previstos en el artículo 168 CE con la identidad nacional[229]:

> «el propio Tratado de la Unión Europea se inspira en el principio de que hay determinados reductos constitucionales de los Estados miembros en los que el Derecho comunitario no debe entrar. Este es precisamente el sentido que cabe otorgar al artículo F del Tratado cuando declara en su apartado 1 que "la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros…"»[230].

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional recogió el testigo de estas primeras tomas de posición del órgano consultivo del Gobierno en materia europea por medio de la DTC 1/1992 -por la que se examinaba la compatibilidad de la Constitución española con el Tratado de la Unión Europea de 1992-, reconociendo sin ambigüedades la conocida como garantía de estatalidad. Defendió firmemente la Constitución nacional como una manifestación formal de la integridad estatal frente a la Unión Europea y, más concretamente, declaró que el poder de reforma la Constitución es inalienable y no puede ser transferido a instancias europeas[231]:

> «En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de "competencias derivadas de la Constitución, no disponer de la Constitución misma", contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una "competencia" cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías establecidas mediante la modificación expresa de su propio texto»[232].

En términos semejantes se expresó el Consejo de Estado en el Dictamen elaborado sobre la ratificación del Tratado Constitucional en el año 2004 al declarar la vinculación entre la garantía de la existencia del Estado y la identidad nacional:

---

[228] *Ibid.* apartado VI.
[229] SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO, «Identité nationale et droit de l'Union Européenne dans la jurisrudence constitutionnelle espagnole», *op.cit.*, pp. 113-114.
[230] Dictamen del Consejo de Estado, 9 de abril de 1992, 421/1992, apartado III.
[231] PÉREZ TREMPS, PABLO, «National Identity in Spanish Constitutional Court Case-Law», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 271.
[232] DTC de 1 de julio de 1992, 1/1992, FJ 4. Previamente, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de expresar esta idea en la STC de 20 de diciembre de 1988, 252/1988.

> «no cabe una atribución en bloque o global de la totalidad de las competencias que supusiera un vaciamiento de las estatales o la quiebra de la pervivencia de la organización política del Estado o, incluso, una atribución indeterminada de competencias. Lo primero parece excluirse por el propio Tratado en el apartado 1 de su artículo I-5 al declarar el respeto por la Unión de la "identidad nacional" de los Estados miembros, "inherente" a sus "estructuras fundamentales políticas y constitucionales" (también "en lo referente a la autonomía local y regional") y el respeto de "las funciones esenciales del Estado" con formulación en su apartado 2 del principio de cooperación leal»[233].

En todo caso, no fue hasta la fundamental DTC 1/2004 cuando se fijaron nítidamente los límites materiales a la integración supranacional mediante una breve fórmula. A este respecto, es imprescindible reproducir textualmente las palabras del Tribunal Constitucional:

> «Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)»[234].

El Tribunal español consideró que el Tratado Constitucional ofrecía suficientes garantías a los efectos de asegurar la pervivencia de los Estados y el respeto a los límites materiales señalados. Para alcanzar esta conclusión, se apoya en tres preceptos fundamentales de dicho Tratado: art. I-5.1 (cláusula de identidad nacional), I-2 (valores de la Unión Europea) y II-113 (cláusula de *non-regression*, actual artículo 53 CDFUE). A pesar de todo, la Corte se reservó el derecho a controlar los posibles «excesos» que la integración europea pudiera comportar en un futuro mediante el recurso a una garantía judicial y una garantía política[235]. En cuanto a la primera de tales salvaguardas, advirtió que en el caso de un hipotético conflicto que no fuera posible reconducir con recurso a las disposiciones antes mencionadas -lo cual es considerado por el Tribunal Constitucional como un escenario «difícilmente concebible»-, este órgano judicial se arrogó la facultad de abordar esa incompatibilidad «a través de los procedimientos constitucionales pertinentes», que, en ningún caso, identifica ni siquiera mínimamente. Respecto de la segunda, recordó el derecho de los Estados miembros de abandonar la Unión como una alternativa última en defensa de la soberanía nacional.

Una de las grandes innovaciones que comportó la DTC 1/2004 se cifra en una reinterpretación del artículo 93 CE por la que junto a la dimensión orgánico-

---

[233] Informe del Consejo de Estado, 21 de octubre de 2004, 2544/2004, apartado II.
[234] DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 2.
[235] Tomamos prestados de Saiz Arnaiz los términos «garantía jurisdiccional» y «garantía política». *Vid.* SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO, «Identité nationale et droit de l'Union Européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole», *op.cit.*, p. 118.

procedimental -reconocida previamente a dicha Declaración por una reiterada jurisprudencia constitucional[236]- añade ahora una dimensión material. De este modo, enuncia una serie de límites materiales a la integración supranacional con total ausencia de referencia explícita al texto de la Constitución española. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional reconoce que los mismos se derivan implícitamente de la Constitución y del sentido esencial del art. 93 CE. Este «giro jurisprudencial»[237] ha sido duramente criticado por la doctrina que ha llegado incluso a afirma que el Tribunal español «ha querido ver en el artículo 93 de la CE, como si de una bola de cristal se tratara, todo un sistema que (…) el común de los mortales no acertamos a ver»[238]. No es casual que con posterioridad a la DTC 1/2004 se hayan sucedido diversas propuestas provenientes del Consejo de Estado[239] y de la doctrina[240] que coinciden en el hecho de incorporar explícitamente tales límites a la redacción del precepto constitucional a fin de superar un ejercicio de interpretación judicial que supera la dicción literal de la norma.

Otra novedad de enorme importancia es la de los concretos términos con los que el Tribunal Constitucional ha decidido marcar los límites a la construcción europea. Parece intuirse que el elenco de esferas enumeradas presenta un importante grado de correspondencia con las materias enunciadas en la cláusula de identidad nacional y con aquellas que son objeto de una protección reformada por medio del procedimiento de reforma agravada de la Constitución española[241]. Se pone así claramente de manifiesto, como avanzábamos previamente, la caracterización de la identidad nacional con una noción compleja que se inserta en un marco de «metaconstitucionalidad recíproca» entre ambos órdenes en base a referencias cruzadas sustancialemente similares que vienen a delimitar la misma. En cualquier modo, se trata de una lista formulada en términos muy abstractos y, por tanto, considerablemente indeterminados. En consecuencia, se otorgan, en principio, al Tribunal Constitucional una amplia discrecionalidad para advertir posibles transgresiones por parte del Derecho de la Unión Europea, de ahí que sea exigible al mismo un comportamiento responsable y leal frente al proyecto común. Dada la abstracción e indeterminación de los límites fijados en la jurisprudencia, los mismos difícilmente van a poder ser precisados anticipadamente y corresponderá a los Tribunales

---

[236] STC de 14 de febrero de 1991, 28/1991, FJ 4; DTC de 1 de julio de 1992, 1/1992, FJ 4.

[237] *Vid*. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ, «La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional: un giro jurisprudencial en la concepción del artículo 93 de la Constitución española», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, editorial, 2005.

[238] CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «Europeización de la Constitución española: una introducción al problema», en CRUZ VILLALÓN, PEDRO (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, p. 37.

[239] Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004, 2544/2004, apartado IV.

[240] *Vid.*, entre otros, ALBERTÍ, ENOCH, «La cláusula europea en la reforma de la Constitución española», en RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y ÁLVAREZ JUNCO, JOSÉ (coord.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 465 y 467.

[241] Sobre la concordancia entre los límites materiales expresados por el Tribunal Constitucional y la cláusula de integración europea, *vid.* CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «La Cláusula General Europea», en CRUZ VILLALÓN, PEDRO (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, pp. 68-70.

ir concretando este concepto por medio de su actividad jurisdiccional. Para terminar, cabe añadir se han publicado diversas propuestas de reforma constitucional en España que apuntan la conveniencia de enunciar tales límites materiales a la integración de manera expresa en el artículo 93 CE que, como es bien sabido, no han fructificado por el momento.

CAPÍTULO SEGUNDO
IDENTIDAD NACIONAL EN PERSPECTIVA JUDICIAL: JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

I. Introducción

La identidad nacional, como se ha puesto de manifiesto de manera reiterada, es una categoría jurídica que presenta un carácter nítidamente dual en el sentido de que ha merecido un tratamiento jurídico diferenciado según sea examinada desde el plano nacional o supranacional. Esta bidimensionalidad es apreciable tanto desde un punto de vista sustantivo como judicial y, habiéndonos ocupado principalmente en el capítulo precedente de la primera de estas dos perspectivas, corresponde ahora abordar un análisis de la jurisprudencia emanada de las máximas autoridades que integran el espacio judicial europeo. Por razón de una mayor sistematización, se procederá a dicho estudio dedicando un capítulo individual a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y otro a la procedente de los Tribunales Constitucionales nacionales.

Esta ordenación responde a las distintas aproximaciones que respecto de esta cuestión sostienen la jurisprudencia supranacional y la nacional. En palabras de Konstadinides, la jurisdicción europea se ha caracterizado por un uso defensivo de la cláusula de identidad nacional, asociándola a la imagen de un escudo (*shield*), mientras que las jurisdicciones constitucionales se han singularizado por un empleo más bien ofensivo, identificándose esta práctica judicial con la figura de una espada (*sword*)[242]. A grandes rasgos, la praxis judicial europea se ha caracterizado por un recurso pragmático de la identidad nacional que ha permitido reducir su potencialidad desestabilizadora al mínimo[243]. En este sentido, pueden diferenciarse tres posibles usos de la misma, a saber: excepción cualificada a las libertades fundamentales de la Unión, control de aplicación y de validez del Derecho secundario, y uso *ad abundantiam*. Por otro lado, la dinámica judicial seguida por las Cortes Constitucionales ha presentado una funcionalidad claramente diversa, o bien como fundamento para un control de constitucionalidad de las sucesivas reformas de los Tratados originarios, o bien como un control judicial sobre la aplicación nacional del Derecho de la Unión.

Este avance inicial sirve de marco general para el análisis de la jurisprudencia dictada por las más altas autoridades judiciales a cuyo estudio pormenorizado dedicaremos nuestra atención en los dos próximos capítulos. El primero de ellos se concentrará en la jurisprudencia proveniente del Tribunal de Luxemburgo, aunque es pertinente una primera aproximación en la que nos ocuparemos de examinar cuestiones estrechamente conectadas, como son la justiciabilidad de la cláusula de identidad nacional

[242] KONSTADINIDES, THEODORE, «Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 13, 2011, p. 195.
[243] *Ibidem*.

y su operatividad, para, en último lugar, detenernos propiamente en las resoluciones judiciales dictadas por dicho órgano judicial.

II. Justiciabilidad de la cláusula de identidad nacional

Con carácter preliminar, es preciso dar respuesta a un interrogante que reviste una cierta importancia para un análisis concienzudo de la jurisprudencia europea sobre esta materia y que, sin embargo, ha merecido relativamente poca atención por parte de la doctrina. En particular, nos referimos a la cuestión de la justiciabilidad de la cláusula de la identidad nacional o, lo que es lo mismo, la potestad del Tribunal de Justicia para poder enjuiciar asuntos sobre la mencionada norma jurídica.

En un primer momento, corresponde remontarse a los inicios de los años noventa del siglo pasado con la inserción en los Tratados del precepto objeto de estudio. En esas fechas, el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ostentaba una competencia restringida o, expresado en un sentido negativo, la totalidad de las previsiones contempladas en los Tratados no podían ser residenciadas ante dicha jurisdicción. La referencia normativa básica era el artículo L del Tratado de Maastricht[244], que mantenía prácticamente intacta la redacción contenida en su predecesor (artículo 31 del Acta Única Europea[245]), y que respondía a la tradicional estructura de pilares. De este modo, la competencia del Tribunal de Luxemburgo se extendía fundamentalmente al conocido como pilar comunitario al tiempo que estaba sustraído de enjuiciar aquellas disposiciones pertenecientes a los dos restantes (PESC y la cooperación policial y judicial en materia penal), que se correspondían con aquellos sectores regidos por una cooperación intergubernamental[246]. Más concretamente, el artículo L contenía una lista

[244] Artículo L Tratado de Maastricht: «Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del presente Tratado:

a) disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea a fin de establecer la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica;
b) del tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3;
c) artículos L a S».

[245] Artículo 31 del Acta Única Europea: «Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las disposiciones del TítuloII y al artículo 32;
se aplicarán a estas disposiciones en las mismas condiciones que a las disposiciones de los Tratados mencionados».

[246] Para un análisis más detallado de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con arreglo al Tratado de Maastricht y, en particular, sobre su artículo L, *vid*. PETIT, YVES, «Article L», en CONSTANTINESCO, VLAD, KOVAR, ROBERT y SIMON, DENYS (eds.), *Traité sur l'Union*

en forma de *numerus clausus* en virtud de la cual se enumeraban todas aquellas normas del Tratado sobre las que se expandía la competencia del Tribunal europeo y, entre las mismas, no se mencionaba el artículo F.1, que constituía la versión primigenia de la cláusula de identidad nacional[247].

La posición doctrinal mayoritaria en defensa del carácter no justiciable del artículo F.1 resulta reforzada por un auto del Tribunal de Justicia del año 1995 por el que se rechazaba de plano toda competencia para interpretar el artículo B en el marco de un procedimiento prejudicial[248]. En este sentido, si nos servimos de una interpretación analógica, sería posible colegir que ambos preceptos (artículos B y F.1) estaban excluidos del ámbito de competencias del Tribunal de Justicia por imperativo del artículo L[249].

Posteriormente, la aprobación del Tratado de Ámsterdam operaría una modificación sobre el mencionado artículo L y, a partir de la nueva versión, sería sustituido por el artículo 46[250]. En términos semejantes a su antecedente, la renovada redacción se ocupó igualmente de fijar las competencias del Tribunal de Justicia incorporando un elenco de disposiciones sobre las que se extendía su poder de acción. En esta ocasión, a pesar de que las modificaciones introducidas condujeron a una ampliación del alcance de la jurisdicción del Tribunal comunitario, la misma no se hizo extensiva a la previsión sobre la identidad nacional -reubicada en el artículo 6.3 tras la última de las reformas-, que seguía sin aparecer contenida en mencionado listado[251]. Tres años más

---

Européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article, Economica, París, 1995, pp. 863-870.

[247] *Ibid.*, p. 866.

[248] ATJCE de 7 de abril de 1995, Juan Carlos Grau Gomis y otros, C-167/94, apartado 6: «Conforme al artículo L del Tratado de la Unión Europea, un órgano jurisdiccional nacional no puede, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, plantear al Tribunal de Justicia una cuestión sobre el artículo B del Tratado de la Unión Europea. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia es manifiestamente incompetente para interpretar este artículo en el marco de un procedimiento prejudicial».

[249] CLOOTS, ELKE, *National identity in the EU Law, op.cit.*, p. 6.

[250] Artículo 46 Tratado de Ámsterdam: «Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del Tratado:

a) disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica;
b) disposiciones del título VI, en las condiciones establecidas en el artículo 35;
c) disposiciones el título VII, en las condiciones establecidas en el artículo 11 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en el artículo 40 del presente Tratado:
d) apartado 2 del artículo 6 con respecto a la actuación de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado;
e) artículos 46 a 53».

[251] Con carácter general, en relación a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con motivo de la aprobación del Tratado de Ámsterdam, *vid*. RITLENG, DOMINIQUE, «Article 46», en CONSTANTINESCO, VLAD, GAUTIER, YVES y SIMON, DENYS (dirs.), *Traités d'Amsterdam et de Nice. Commentaire article par artic*le, Economica, París, 2006, pp. 225-233; STOFFEL VALLOTTON, NICOLE, «Tribunal de Justicia», en OREJA AGUIRRE, MARCELINO (dir.), *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 508-522.

tarde, la nueva oleada reformista fruto de la adopción del Tratado de Niza dejó el artículo 46 prácticamente inmutado y se limitó a añadir un nuevo apartado que no presentaba relación alguna con la identidad nacional[252].

El Tratado de Lisboa abre, sin duda, un nuevo panorama en el sistema de protección judicial de la Unión Europea con la derogación del anterior artículo 46 y la eliminación del tradicional sistema de pilares[253]. A partir de entonces, la jurisdicción del Tribunal de Justicia se va a extender, con carácter general, a todo el ámbito de aplicación de los Tratados, sin perjuicio de que subsistan aún algunas limitaciones, siendo paradigmático el caso de la limitada fiscalización de los actos enmarcados en el ámbito de la PESC[254]. En cualquier caso, y por lo que aquí fundamentalmente nos interesa, no existe ninguna restricción respecto al artículo 4.2 TUE y, por tanto, no cabe duda de que desde la entrada en vigor de la última versión de los Tratados el mismo es plenamente justiciable.

Atendiendo a estas consideraciones, existe una visión ampliamente compartida en el seno de la doctrina sobre el carácter no justiciable de la cláusula de identidad nacional con anterioridad a la aprobación de la última reforma de los Tratados[255]. Esta cuestión no es intrascendente en la medida en que permitiría dar respuesta a un dato fáctico de enorme relevancia como es el limitado número de pronunciamientos judiciales en esta materia y su repentino resurgir a partir del año 2009, coincidiendo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sin embargo, este planteamiento merece una mayor elaboración porque, al menos a primera vista, no permitiría explicar por qué antes de esa fecha existen resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia que son resueltas basándose en la identidad nacional. En efecto, existen sentencias previas a la fecha aludida que fueron dictadas con sometimiento a la obligación de respetar la identidad nacional de los Estados miembros e, incluso, dos de ellas fueron resueltas con anterioridad a que la misma tuviera

---

[252] En particular, se añadió así un nuevo apartado por el que se ampliaba la jurisdicción del Tribunal en el marco del procedimiento del novedoso artículo 7, esto es, aquel por el que se atribuían potestades a las Comunidades Europeas para hacer frente a las violaciones que comporten un riesgo claro de violación grave de los principios y valores de la Comunidad.

[253] *Vid.*, por todos, BARENTS, RENÉ, «The Court of Justice after the Treaty of Lisbon», *op.cit.*; SKOURIS, VASSILIS, «The Court of Justice of the European Union: A Judiciary in a Constant State of Transformations», en CARDONNEL, PASCAL, ROSAS, ALLAN y WAHL, NILS (eds.), *Constitutionalising The EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart, Oxford, 2012, pp. 3-13.

[254] *Vid.* HILLION, CHRISTOPHE, «A powerless court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy», en CREMONA, MARISE y THIERS, ANNE (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law*, Hart, Oxford, 2014.

[255] BESSELINK, LEONARD, «Respecting Constitutional Identity in the EU. Case Note to Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010», *Common Market Law Review*, núm. 49, vol. 2, 2012, p. 678; CLAES, MONICA, «Constitutional Identity or whose Identity is it Anyway», *op.cit.*, p. 217; VAN DER SCHYFF, GERHARD, «The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU», *op.cit.*, p. 565; VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1421-1422. Por el contrario, Elke Cloots sostiene que es posible defender una concepción más amplia acerca de la idea de justiciabilidad que permite hacerla aplicable a través de mecanismos alternativos al Tribunal de Justicia, *vid.* CLOOTS, ELKE, «National Identity in EU Law», *op.cit.*, pp. 36-39.

acogida formal en el Derecho primario a inicios de los años noventa[256]. Salvo que se aceptase que en tales casos la Corte de Luxemburgo se extralimitó en sus funciones y actuó más allá de los confines de su jurisdicción, es oportuno examinar la posibilidad de encajar ese comportamiento judicial en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión.

En estas circunstancias, se presenta *prima facie* una contradicción entre la tesis mayoritariamente defendida por la comunidad científica, que sostiene la falta de jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo para conocer de conflictos relativos a la identidad nacional con anterioridad a diciembre del año 2009, y la praxis judicial. No obstante, es posible superar esta aparente incoherencia si atendemos al hecho de que la idea de respeto a la identidad nacional ostenta una doble naturaleza en el Derecho de la Unión una doble naturaleza: norma de Derecho primario y principio general del Derecho. Siendo incuestionable su condición como norma integrada en el Derecho originario desde su incorporación en el texto del Tratado de Maastricht en 1992, corresponderá detenerse con más detalle en la segunda de ellas.

Asumiendo que el respeto a la identidad nacional es un principio general, siendo esta una cuestión que hemos analizado previamente de manera detenida, una consecuencia inmediata de esta afirmación es la de otorgar al mismo las funciones que le son propias a todo principio en este ordenamiento: colmar las lagunas de los autores de los Tratados o del legislador (*gap-filling*), asistir en la interpretación del resto del Derecho de la Unión y, por último, su vulneración puede ser invocada como legítimo interés para iniciar una acción judicial[257]. Efectivamente, esta última función sería la que se erigiría en fundamento de la actividad del Tribunal de Justicia para interpretar el Derecho de la Unión y controlar la acción de los poderes públicos europeos en los asuntos judiciales de que conoció en los primeros compases de la jurisprudencia sobre la identidad nacional. Ante la ausencia de una explicación por parte de la doctrina o de la jurisprudencia sobre la contradicción que ha dado pie a toda esta reflexión, este razonamiento permite justificar satisfactoriamente dicha -tan solo aparente- incoherencia.

A la luz de todas estas reflexiones, la intervención del Tribunal de Justicia para enjuiciar asuntos relativos a la identidad nacional está plenamente justificada si atendemos a su naturaleza jurídica como principio general. En su condición de principio, inspira e informa toda la acción de las instituciones, órganos u organismos de la Unión y, por ende, también del Tribunal de Justicia. Ciertamente, este es un debate superado desde la vigencia de la actual versión de los Tratados en 2009, pero tiene importancia desde un punto de vista histórico en la medida en que nos permite explicar esa aparente contradicción a la que aludíamos previamente entre el carácter inicialmente no justiciable de cláusula controvertida y la práctica judicial, así como para rechazar una extralimitación de las funciones del Tribunal europeo en esas primeras fechas.

---

[256] STJCE de 20 de noviembre de 1989, Groener, C-379/87; STJCE de 4 de octubre de 1991, Grogan, C-159/90.

[257] LENAERTS, KOEN y GUTIÉRREZ-FONS, JOSÉ A., «The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law», *Common Market Law Review*, núm. 47, vol. 6, 2010, p. 1629.

III. Operatividad: las funciones de la cláusula identitaria

1. Introducción

La operatividad de la cláusula de la identidad nacional se refiere a las diferentes funciones o aplicaciones de dicha norma en el marco del Derecho de la Unión. A estos efectos, un análisis estrictamente teórico sobre todos los potenciales usos del articulo 4.2 TUE se acompañará de un estudio de la jurisprudencia proveniente del Tribunal de Justicia a fin de conocer el alcance que ese órgano judicial ha reconocido por el momento a ese precepto. Puede adelantarse que la cláusula de identidad nacional presenta básicamente una operatividad doble, diferenciándose dos ámbitos de actuación (ordinario o no judicial y extraordinario o judicial). A su vez, será posible discernir otras posibles funciones que encajan en una u otra tipología elemental.

Esta distinción entre dos ámbitos de aplicación permite superar el enfoque predominante en la doctrina, que ha prestado una atención preferente a la vertiente judicial de la cláusula controvertida[258]. A resultas de esta aproximación, se ha ido dando forma a una visión de la identidad nacional como un mecanismo procesal extraordinario del que pueden hacer uso los Estados miembros para la defensa de ciertos elementos jurídico-constitucionales irrenunciables como excepción o contrapunto a una mayor integración. Expresado en otros términos, los autores de los Tratados lo habrían diseñado como un instrumento previsto para ser aplicado en el ámbito judicial, en situaciones de excepcionalidad y con una función primordialmente defensiva. No obstante, esa caracterización únicamente refleja una visión parcial que obvia la posibilidad de que su aplicabilidad se extienda igualmente al ámbito no judicial, para situaciones ordinarias y con una impronta *pro communitate*. Ciertamente, es comprensible que la aplicación judicial haya concentrado la atención de los estudiosos de esta materia por razón de su mayor visibilidad y, muy especialmente, cuando se aduce una pretendida contravención de una disposición nacional de rango constitucional. Aun así, es apropiado hacer notar esta aplicabilidad dual en tanto que nos permitirá una comprensión más completa y rica de esta figura jurídica. A continuación, nos ocuparemos separadamente de cada uno de los ámbitos de actuación de la cláusula de identidad nacional o, dicho de otro modo, en su vertiente no judicial y judicial.

2. Uso ordinario o no judicial

[258] En contra del enfoque mayoritario, existen diferentes autores que han propuesto una lectura alternativa del artículo 4.2 TUE en virtud de la cual es posible otorgarle una función ordinaria alejada del conflicto judicial excepcional entre ordenamientos. *Vid*., entre otros, CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law*, *op.cit.*; FEDERICO, Giacomo di, «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali», *op.cit.*, pp. 345-348; GUASTAFERRO, BARBARA, «Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause», *op.cit.*

Partiendo de la premisa de la identidad nacional como un principio general del Derecho de la Unión, la identidad nacional debe ser tenida debidamente en cuenta en numerosas operaciones jurídicas correspondientes a la aplicación ordinaria del Derecho de la Unión. Entre tales operaciones, pueden citarse, entre las más significativas, la interpretación del Derecho originario y derivado por parte de todos los operadores jurídicos -y no solo los jueces-, la actividad de producción normativa en manos del Parlamento y del Consejo -junto con la iniciativa asignada a la Comisión- y la implementación del Derecho de la Unión. Es importante subrayar que estas consideraciones sobre las posibles aplicaciones de la identidad nacional en la esfera extrajudicial trascienden las meras hipótesis teóricas y han encontrado reflejo en la realidad práctica.

2.1. Interpretación del Derecho originario y derivado

En primer lugar, se han dictado diversas sentencias por el Tribunal de Justicia en las que se pone de manifiesto esta específica aplicación de la cláusula de la identidad nacional como una pauta para la interpretación del Derecho de la Unión. Concretamente, nos referimos a los asuntos Izsák y Dabis c. Comisión[259], Remondis[260] y Egenberger[261], siendo claros ejemplos que ponen en evidencia la función de la cláusula para interpretar tanto el Derecho primario -en el primer caso- como el Derecho secundario -en los dos casos restantes-.

2.1.1. Asunto Izsák y Dabis

El primero de los casos enunciados tiene sus orígenes en una decisión de la Comisión por la que se deniega una propuesta de iniciativa ciudadana, que había sido presentada por los Sres. Izsák y Dabis con arreglo al artículo 11.4 TUE y al Reglamento 211/2011[262]. De acuerdo con la Comisión, la negativa a registrar la propuesta se basaba en la consideración de que la misma se encontraba de manera manifiesta fuera del ámbito de competencias que le es propio a un acto jurídico de estas características. En concreto, la propuesta en cuestión pretendía que las políticas de cohesión de la Unión, reguladas por los artículos 174 TFUE a 178 TFUE, contribuyesen al mantenimiento de las características étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas específicas de las regiones con una minoría nacional. A juicio de los demandantes, son regiones amenazadas por la integración económica europea y, en consecuencia, era preciso corregir las desventajas y discriminaciones que afectan a su desarrollo económico. Así las cosas, se debía conceder a las regiones con una minoría nacional la posibilidad de acceder a los fondos, recursos y

[259] STJUE de 10 de mayo de 2016, Izsák y Dabis c. Comisión, T-529/13.
[260] STJUE de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15.
[261] Conclusiones de la AG E. Tanchev de 9 de noviembre de 2017, Egenberger, C-414/16.
[262] Decisión de la Comisión Europea de 25 de julio de 2013, Decisión C (2013) 4975 final.

programas de la política de cohesión de la Unión en igualdad de condiciones con respecto a aquellas regiones que actualmente tienen derechos a ello con arreglo al Reglamento 1059/2003. Esta normativa establece las conocidas NUTS, que son unidades territoriales que coinciden sustancialmente con la organización territorial oficial del Estado y es la categoría empleada para la aplicación de las políticas de cohesión. Entre otras garantías para la consecución de los objetivos de la propuesta de iniciativa ciudadana, se incluía la creación de instituciones regionales autónomas, investidas de facultades suficientes para ayudar a las regiones con una minoría nacional a mantener sus características nacionales, lingüísticas y culturales, así como su identidad. Para ello, siempre según los demandantes, era preciso proporcionar una definición de "región con una minoría nacional" que difiriese de las NUTS.

En palabras del Tribunal de Justicia, de dicha proposición se desprendía que el acto jurídico propuesto debía llevar a redefinir el concepto de «región» en el sentido de los artículos 174 a 178 TFUE, referentes a las políticas de cohesión económica, social y territorial[263]. En tales circunstancias, se estaría confiriendo un verdadero estatuto a las regiones con una minoría nacional, sin tener en cuenta la situación política, administrativa e institucional existente en los Estados miembros de que se trate, lo cual atentaría contra la identidad nacional de los Estados miembros, que la Unión se ha comprometido a respetar[264]. Dicho de otro modo, puede interpretarse que el Tribunal europeo considera que la cláusula de identidad nacional es un canon interpretativo que debe ser necesariamente respetado a los efectos de definir un término convencional, como es el caso del concepto «región» integrado en un precepto del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea[265]. En consecuencia, esta sentencia es un claro ejemplo que pone de manifiesto la función interpretativa que puede desempeñar el artículo 4.2 TUE para determinar el significado de una norma de Derecho primario.

2.1.2. Remondis

Este asunto se inició con motivo de la petición de una cuestión prejudicial de interpretación por parte del Tribunal Regional Superior de Celle (*Oberlandesgericht*) ante el Tribunal de Justicia. En este caso, el Tribunal remitente albergaba dudas acerca de si un acuerdo entre dos entidades territoriales (Región de Hannover y ciudad de Hannover) -en virtud del cual estas entidades adoptaron un estatuto por el que se creaba un consorcio de entidades al que atribuyeron determinadas competencias que tales entidades gozaban hasta entonces-, podía considerarse como un contrato público a los efectos de la Directiva 2004/18. Para ello, se consultó al Tribunal de Luxemburgo si dicho acuerdo podía tener

[263] STJUE de 10 de mayo de 2016, Izsák y Dabis c. Comisión, T-529/13, apartado 74.
[264] *Ibid.*, apartados 74 a 76.
[265] *Ibid.*, apartado 76: «De ello se infiere que el legislador de la Unión no podría, sin infringir el artículo 4 TUE, apartado 2, adoptar un acto que, como el acto propuesto, definiera regiones con una minoría nacional, que deben recibir especial atención en el marco de la política de cohesión de la Unión, con arreglo a criterios autónomos y, en consecuencia, sin tener en cuenta la situación política, administrativa e institucional existente en los Estados miembros de que se trate».

la consideración de contrato público en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a) de la Directiva 2004/18 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio.

El Tribunal europeo dispuso que, con carácter general, el reparto de competencias en el interior de un Estado miembro y, más concretamente, la reorganización posterior de las mismas respecto del diseño inicial fruto de transferencias entre autoridades públicas, está amparado por el artículo 4.2 TUE[266]. No obstante, precisó que para que tal redistribución de competencias pueda ser considerada como un acto de organización interna y, por tanto, pueda estar comprendida en el ámbito de la libertad garantizada por ese precepto es necesario que la transferencia de competencia cumpla con ciertos requisitos[267]. En particular, señaló que la autoridad pública en favor de la cual se transfiera la competencia de que se trate debe poder ejercer dicha competencia de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad. No concurriendo tales circunstancias en el presente caso, se rechazó que la situación jurídica controvertida entrara dentro del concepto de contrato público[268].

Por lo que a nosotros nos incumbe en estos momentos, se puede apreciar cómo en esta sentencia la cláusula de identidad nacional operó como un elemento hermenéutico para esclarecer, en el marco de una cuestión prejudicial de interpretación, el concepto de contrato público en el sentido prescrito en el Derecho secundario. Por otra parte, esta no es más que una expresión concreta de la ordenación jerárquica del ordenamiento supranacional que impone, y así ha sido confirmado por la jurisprudencia[269], que toda disposición de Derecho derivado ha de ser interpretada de conformidad con los Tratados y con los principios generales del Derecho de la Unión. Con este pronunciamiento, se evidencia que esta aplicación general del Derecho de la Unión se extiende igualmente para el caso del respeto a la identidad nacional.

2.1.3. Egenberger

Tal y como hemos avanzado, existen otros precedentes judiciales que refuerzan la idea de que la cláusula de identidad nacional puede desempeñar una función de interpretación del Derecho secundario. Ahora bien, visto que insisten en la misma idea ya avanzada en la sentencia Remondis, nos referiremos a los mismos de manera muy sucinta.

El asunto Egenber pone sobre la mesa la delicada cuestión de la configuración jurídica de las relaciones Iglesia-Estado en la esfera nacional analizada desde el punto de vista del Derecho de la Unión. La Sra. Egenberger es una nacional alemana que presentó una candidatura para un puesto de trabajo convocado por una entidad religiosa integrada

[266] STJUE de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, apartados 40 y 41.
[267] *Ibid*, apartado 42.
[268] *Ibid*, apartado 51.
[269] STJCE de 1 de abril de 2004, Borgmann, C-1/02, apartado 30.

en la Iglesia Protestante de Alemania. Se trataba de una oferta de empleo para elaborar un informe sobre la observancia por parte de Alemania del Convenio de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y para representar personalmente a la Diaconía de Alemania en el marco de esos trabajos. En particular, en la propia oferta de trabajo se indicaba que los candidatos debían declarar su confesión en el *curriculum vitae*. El proceso de selección se resolvió finalmente en favor de un candidato que, a diferencia de la demandante, había declarado su confesión religiosa. En estas circunstancias, la Sra. Egenberger presentó una demanda reclamando una indemnización, llegando el asunto al Tribunal Supremo de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), que planteó una cuestión prejudicial. Este órgano jurisdiccional se preguntaba si la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación podía interpretarse en el sentido de que una Iglesia puede determinar que, por razón de la naturaleza de la actividad o el contexto en que la misma se desarrolla, una determinada confesión religiosa del candidato constituye un requisito profesional esencial, legítimo y justificado.

En sus conclusiones generales, el AG Tanchev, después de recordar la obligación de interpretar el Derecho derivado con arreglo a las disposiciones de los Tratados y a los principios generales del Derecho, declaró que la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse de conformidad con el artículo 17 TFUE que dispone que «la Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas»[270]. En opinión de Tanchev, es un error interpretar esa norma como un metaprincipio de Derecho constitucional que impone a la Unión la obligación de respetar el estatuto de las Iglesias en toda circunstancia, y en particular si dicho estatuto contraviene derechos fundamentales. Continúa precisando que:

> «aunque el artículo 17 TFUE completa y concreta el mandato previsto en el artículo 4.2 TUE, de este no se deduce que existan determinadas materias o ámbitos de actividad que estén totalmente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Antes bien, es la aplicación de la Directiva lo que en ningún caso puede menoscabar la identidad nacional de los Estados miembros. Por lo tanto, la identidad nacional no limita el ámbito de aplicación de la Directiva en sí mismo, sino que debe ser tenida debidamente en cuenta al interpretar el principio de igualdad de trato que ésta consagra, así como las justificaciones de las eventuales diferencias de trato»[271].

Estas reflexiones del abogado general presentan un especial interés por cuanto expresan que el artículo 17 TFUE, que no es más que una concreción de un mandato más general del respeto a la identidad nacional, entraña que «los Estados disfrutan de una absoluta discrecionalidad para determinar el sistema que adoptarán en sus relaciones con las organizaciones y comunidades religiosas y que la Unión está obligada a mantener una

[270] Conclusiones del AG E. Tanchev de 9 de noviembre de 2017, Egenberger, C-414/16, apartado 88.
[271] *Ibid.*, apartado 95.

posición neutral a este respecto»[272]. Afirmada esta línea de principio, acierta Tanchev al estimar que el artículo 4.2 TUE no puede restringir el ámbito de aplicación de la Directiva controvertida, juzgando errónea una interpretación de dicho precepto en virtud de la cual las relaciones Iglesia-Estado sean una esfera normativa sobre las que el Derecho de la Unión no pueda intervenir bajo ninguna circunstancia y, menos aún, cuando están en riesgo derechos fundamentales. Visto así, el abogado general enmarca el litigio dentro del contexto ordinario de un conflicto entre distintos derechos que debe resolverse mediante una ponderación de los intereses contrapuestos[273]. Así las cosas, la cláusula de la identidad nacional se presenta de nuevo como una disposición que, usando las mismas palabras del abogado general, «debe ser tenida debidamente en cuenta» al interpretar el Derecho derivado -en este caso, la Directiva 2000/78/CE-, ofreciendo así una solución coherente y sistemática con todo el ordenamiento jurídico de la Unión.

2.2. Actividad legislativa

Existen otros medios alternativos a la vía judicial que están igualmente dirigidos a satisfacer el debido respeto a las particularidades jurídico-constitucionales de los Estados miembros. En otras palabras, la existencia de una garantía judicial es tan solo una de las posibles funciones de la cláusula de la identidad nacional, si bien la más visible, aunque no por ello debe obviarse o minusvalorar el papel desempeñado por otros medios, que intervienen con anterioridad a la fase judicial y que pueden resultar particularmente eficaces. En efecto, la litigiosidad de la identidad nacional no debilita su potencial en los procesos políticos a través de la creación de normas que es, en definitiva, el espacio donde mejor se pueden ajustar las singularidades de los Estados[274]. En particular, es posible identificar dos momentos legislativos diferenciados en los que la cláusula puede desplegar todo su potencial, a saber: negociación de los Tratados y reforma de las Constituciones nacionales.

El proceso de reforma de los Tratados cuenta con la intervención de los Estados miembros en dos etapas sucesivas correspondientes a la fase de negociación del texto y la posterior ratificación estatal de conformidad con sus respectivos ordenamientos nacionales. Considerando que la identidad nacional se refiere a una estructura constitucional fundamental de un Estado miembro, es difícil pensar que los representantes estatales no adviertan en la fase de negociación en el marco de la correspondiente Conferencia intergubernamental o Convención la incorporación en los Tratados de una disposición que pueda contravenirla. En caso de que tales esfuerzos negociadores no

[272] *Ibid*., apartado 99. Esta afirmación fue proclamada por la AG Kokott apenas unos meses antes en un asunto por el que se debatía si una exención tributaria concedida a una entidad religiosa española de conformidad con el Acuerdo de España con la Santa Sede de 1979 podía ser considerada como un ayuda de Estado prohibida por el artículo 107.1 TFUE. *Vid.* Conclusiones de la AG J. Kokott de 16 de febrero de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, apartado 31.
[273] Conclusiones del AG E. Tanchev de 9 de noviembre de 2017, Egenberger, C-414/16, apartado 100.
[274] AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 444.

puedan impedir que esa norma potencialmente vulneradora de la identidad nacional llegue al proyecto de reforma, siguen existiendo posibles vías subsidiarias para salvaguardar ese interés. En tales circunstancias, no es en absoluto infrecuente que se introduzcan concesiones a los Estados por medio de la redacción de una declaración o un protocolo en los Tratados dirigidos a superar esas posibles afecciones a los intereses nacionales. En su defecto, existe una alternativa excepcional, aunque contemplada en el Derecho primario, como es no ratificar la nueva reforma por haberse declarado inconstitucional, lo que comportaría la no aprobación de la misma por exigirse la unanimidad de todos los Estados miembros (artículo 48.4 TUE).

2.2.1. Negociación de los Tratados

Contamos con numerosas evidencias que ponen de manifiesto la influencia ejercida por la identidad nacional en las negociaciones conducentes a la aprobación de las sucesivas reformas de los Tratados[275]. En este sentido, son probablemente las cláusulas *opt-out* el mecanismo de negociación por excelencia a través del cual se garantiza que determinadas materias particularmente sensibles por su estrecha vinculación con la soberanía nacional no resulten afectadas en un determinado Estado miembro. Una buena prueba de ello son los cada vez más extensos anexos que acompañan a los Tratados de reforma en lo que se incorporan regímenes jurídicos especiales que vinculan tan solo a unos Estados con el propósito de conseguir la ratificación de los Tratado a cambio de ciertas concesiones[276].

El peso político de la identidad nacional se dejó sentir claramente en las negociaciones del Tratado de Lisboa y, entre otros, pueden citarse como ejemplos el Protocolo núm. 22 en el que se expresan las reservas danesas a la aplicación del Título V del TFUE atinente al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el Protocolo núm. 30 por el que el Reino Unido y Polonia ponen objeciones a la aplicación del Título IV de la Carta relativo a los derechos de carácter socioeconómico o el Protocolo núm. 35 relativo a la prohibición del aborto en la Constitución irlandesa[277]. Por razón de su claridad, resulta muy ilustrativo el modo de protección de la identidad nacional irlandesa por medio de estas negociaciones previas que se ha plasmado en los textos resultantes de cada una de las reformas de los Tratados con el fin de evitar que el Derecho de la Unión puede poner en cuestión el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa por la que se prohíbe la práctica de la interrupción voluntaria de ese Estado miembro[278]. En todo caso, debe puntualizarse

[275] DOBBS, MARY, «Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States», *Yearbook of European Law*, núm. 33, vol. 1, 2014, p. 316.
[276] Véase al respecto el editorial «Protocology», *Common Market Law Review*, núm. 46, vol. 6, 2009, pp. 1785-1793.
[277] *Vid*. PHINNEMORE, DAVID, *The Treaty of Lisbon: Origins and Negotiations*, Palgrave Macmillan, Londres, 2013.
[278] Para un estudio más detenido sobre la regulación constitucional del aborto en Irlanda y su vinculación con la identidad nacional, *vid*. JACOBSOHN, GARY J., «Constitutional identity», *op.cit.*, pp. 384-394.

que esta previsión ha perdido todo su valor como consecuencia de un referéndum celebrado en 2018 por el que pone fin a la secular regulación restrictiva en esta materia en la República de Irlanda.

2.2.2. Reforma de las constituciones nacionales

Existe una pluralidad de modelos de control de constitucionalidad en Europa que permiten supervisar que la aprobación de una nueva reforma de los Tratados sea respetuosa con la Constitución nacional[279]. En este sentido, no cabe duda de que la negativa a ratificar un proyecto de reforma de los Tratados por considerarse que no superar el tamiz de constitucionalidad se presenta como un recurso en manos de los Estados miembros que debe actuar únicamente como una garantía última para evitar una situación de *impasse* a nivel europeo. Por ello, no debe extrañar que no existan por el momento precedentes en la historia de la integración europea en los que un dictamen negativo del órgano competente para llevar a cabo ese control haya desembocado en el rechazo a ratificar una nueva versión de los Tratados. No obstante, no puede descartarse que tal eventualidad puede acontecer por razón de la aprobación uno texto jurídico que no sea conforme con las estructuras constitucionales fundamentales de un Estado miembro, provocando así una situación particularmente comprometida para el progreso del proyecto común europeo. En pocas palabras, la mera existencia de un control de constitucionalidad de futuras revisiones de los Tratados europeos y las adversas consecuencias que puede comportar para el Derecho de la Unión -en caso de que dicho control derive en la negativa de un Estado miembro a su ratificación- constituyen un claro desincentivo para que una posible reforma de los Tratados constitutivos pueda invadir la identidad nacional[280].

Paradójicamente, y sin perjuicio de que en un escenario futuro esta posibilidad teórica llegue a realizarse, lo cierto es que se han aprobado reformas Constituciones nacionales precisamente para acomodarse a las sucesivas reformas de los Tratados. Consecuentemente, en la práctica, en vez de de actuar como un estímulo para prevenir una posible intromisión a la identidad nacional en el marco de las negociaciones de un nuevo Tratado de revisión, han estado encaminadas a ajustarse a las exigencias del Derecho de la Unión. En rigor, podemos identificar dos posibles dinámicas de reformas constitucionales en respuesta a la influencia del Derecho supranacional.

De un lado, se encuentran aquellas revisiones constitucionales que han sido aprobadas a fin de superan posibles incompatibilidades entre la Constitución nacional y un nuevo Tratado de reforma antes de que el mismo sea ratificado. En este sentido, contamos con numerosos ejemplos. Probablemente, uno de los más visibles se ha producido en el ámbito del ordenamiento francés en el que se añadió un nuevo capítulo

---

[279] *Vid*. VISSER, MAARTJE DE, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Hart, Oxford, 2015.
[280] CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law, op.cit.*, pp. 47-55.

específicamente dedicado a la Unión. Concretamente, el artículo 88 de la Constitución francesa ha ido añadiendo nuevos apartados a fin de dar una respuesta constitucionalmente conforme a las diferentes modificaciones convencionales europeas[281].

De otro lado, cabe señalar que también se han incorporado previsiones en las Constituciones nacionales con el propósito de reforzar determinados contenidos frente a futuros avances de la integración europea en ámbitos vinculados a la identidad nacional. Piénsese en el caso de la reforma del artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn previa la ratificación del Tratado de Maastricht en el que se prescriben ciertos requisitos que la Unión ha de cumplir para que la participación alemana sea constitucional en los que se remite a la cláusula de intangibilidad[282]. Otro ejemplo es el caso de la República de Francia que decidió modificar el artículo 2 de su Constitución para incorporar la lengua francesa entre los principios esenciales de la República coincidiendo dicha reforma no casualmente con la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992[283]. En este sentido, se ha interpretado que la protección del idioma francés, como una manifestación de la identidad nacional, ha motivado una operación de reforma constitucional a fin de salvaguardar aquella de posibles transgresiones por parte de actos o normas del Derecho supranacional[284].

2.2.3. Implementación del Derecho de la Unión

Para poner fin al estudio de los usos no judiciales de la cláusula de la identidad nacional, corresponde reflexionar en último lugar sobre la operatividad de la misma en materia de implementación del Derecho de la Unión. En este sentido, un somero rastreo de la legislación europea es suficiente para constatar la existencia de numerosas y muy heterogéneas declaraciones procedentes de las instituciones de la Unión en las que se pone de manifiesto su compromiso con el respeto a la idiosincrasia constitucional de los Estados miembros. En atención a su elevado número y a su variedad temática, basten tres ejemplos para evidenciar su existencia y comprobar su influencia[285].

---

[281] CLAES, MONICA, «Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las "cláusulas europeas" en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», en CARTABIA, MARTA, WITTE, BRUNO DE y PÉREZ TREMPS, PABLO (dirs.), *Constituciones nacionales y constituciones europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 152-153.

[282] *Ibid.*, pp.150-152.

[283] *Vid*. DEBBASCH, ROLAND, «La reconnaisance constitutionnelle de la langue française», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 11, 1992; ZILLER, JACQUES, "Le droit française de la langue, entre les mythes d'une tradition interventionniste et la réalité de nouvelles angoisses", *EUI Working Papers*, LAW 2006/10, 2006.

[284] ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, «La política lingüística de los Estados miembros y el Derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 52, 2014, p. 21.

[285] Para otros ejemplos que evidencian su presencia recurrente en textos de diversa naturaleza de Derecho de la Unión, *vid*. Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, sobre determinadas perspectivas de una política social de la Unión Europea: contribución a la convergencia económica y social de la Unión, [1994] OJ C368/6, considerando núm. 6: «Que precisamente en Europa la identidad nacional de los

En primer lugar, puede mencionarse el caso de una Comunicación de la Comisión por el que se adoptaba «Un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020», que está dirigido a la plena integración de las comunidades gitanas en nuestra sociedad[286]. Se señala en dicha comunicación que las diferentes instituciones y órganos de la Unión involucrados para la consecución de los objetivos marcados en el mencionado plan de acción deben actuar en sintonía con el artículo 4.2 TUE[287]. Su valor reside no sólo en tratarse de una muestra clara de que el respeto a la identidad nacional se impone como un deber exigible a la Unión en la implementación de sus políticas, sino que además el mismo es predicable de manera general respecto a instituciones y órganos de la Unión ajenos al Tribunal de Justicia.

En segundo lugar, otro ejemplo es el de acuerdos de cooperación internacional en el que este principio es exigible a la acción de la Unión frente a terceros Estados[288]. Llama la atención que se enumere a la identidad nacional junto a otros principios clásicos que rigen las relaciones interestatales -independencia, soberanía, igualdad e integridad territorial- en tanto que a partir de este compromiso se puede entender que aquella obligación de respeto se impone no solo a la Unión frente a sus Estados miembros, sino incluso frente a terceros Estados.

Por último, la Recomendación (UE) 2017/761 sobre el pilar europeo de derechos sociales, en virtud del cual la Comisión indica que la construcción del mismo deberá

---

diferentes Estados miembros se define en particular por las distintas maneras que se han elegido para alcanzar la solidaridad y el equilibrio social; que el apartado 1 del artículo F del Tratado de la Unión Europea obliga expresamente a la Unión a respetar la identidad nacional de sus Estados miembros»; Resolución del Parlamento europeo de 19 de enero de 1998, sobre los progresos hechos en 1997 para la implementación de la cooperación en los ámbitos de justicia e interior de conformidad con el Título VI del Tratado de la Unión Europea, punto A: «si la Unión tiene un marco institucional único y respeta los derechos fundamentales y las identidades nacionales de los Estados miembros cuyos sistemas de gobierno se basan en los principios democráticos»; Dictamen del Comité de las Regiones sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior de 18 de febrero de 2005, punto 2.29, «El Comité recuerda que, de conformidad con el Tratado constitucional, la Unión ha de respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos».

[286] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020», COM/2011/0173 final, 5 abril de 2011.

[287] *Ibid.*, p. 14: «A lo largo de todo el proceso, la Agencia de Derechos Fundamentales y otros órganos de la Unión, en sintonía con el artículo 4, apartado 2, del TFUE, respetarán las identidades nacionales de los Estados miembros, inherentes a sus estructurales fundamentales, políticas y constitucionales, así como sus identidades regionales y de autogobierno».

[288] Decisión del Consejo de 26 de abril de 2012, 2012/308/PESC, relativa a la adhesión de la Unión Europea al Tratado de Amistad y Cooperación en el Sudeste Asiático.

Artículo 2 a): «En sus relaciones mutuas, las Altas Partes Contratantes se regirán por los siguientes principios fundamentales: el respeto mutuo de la independencia, la soberanía, la igualdad, la integridad territorial y la identidad nacional de todas las naciones».

Artículo 11: «Las Altas Partes Contratantes se esforzarán por reforzar su respectiva firmeza nacional en los ámbitos político, económico, sociocultural y de seguridad de conformidad con sus respectivos ideales y aspiraciones, libres de interferencias externas y de actividades subversivas internas, con el fin de preservar sus respectivas identidades nacionales».

llevarse a cabo con respeto a la enunciada identidad[289]. Concretamente, en su considerando núm. 19 dispone que:

> «A nivel de los Estados miembros, el pilar respeta la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como la identidad nacional de los Estados miembros y la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local. En particular, el establecimiento del pilar no afecta al derecho de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social y no debe afectar al equilibrio financiero de este».

Dicho de otro modo, no se limita a la enunciación de un genérico compromiso de sumisión al artículo 4.2 TUE, sino que alivia posibles tensiones soberanistas latentes en los Estados miembros en el sentido de autolimitar la intervención europea sobre un área legislativa sensible sobre la que la Unión prácticamente carece de competencias.

En definitiva, estas declaraciones contenidas en instrumentos jurídicos de diversa índole (Comunicaciones de la Comisión, Acuerdos de Cooperación con terceros Estados, Recomendaciones de la Comisión, Resoluciones del Consejo e informes del Comité de las Regiones), constituyen todos ellos -con la salvedad de los acuerdos de cooperación (artículo 216.2 TFUE)- instrumentos jurídicos de Derecho derivado no vinculante o, si se prefiere, *soft law*[290]. Estas son probablemente el reflejo más claro de la permeabilidad de este deber de la Unión, que encuentra expresión en ámbitos muy heterogéneos. Asimismo, ponen de relieve un ámbito de aplicación de la cláusula de identidad nacional significativamente más amplio que aquel sobre el se ha concentrado de manera muy preferente la doctrina científica, subrayándose así su impacto en la esfera extrajudicial, así como el valor de esta categorización a los efectos de conocer todos los contornos de esta aún imprecisa figura jurídica. En todo caso, a la vista de los ejemplos abordados, que inciden fundamentalmente en normas de *soft law*, debe matizarse el grado de transversalidad de la identidad nacional en el ámbito de la implementación del Derecho de la Unión. No es que consideremos que esa obligación de tomar en consideración los principios constitucionales fundamentales y sus funciones esenciales no sea aplicable cuando estén en juego normas de *hard law*, aunque debe reconocerse que por el momento el legislador europeo ha sido reticente a manifestar expresamente ese sometimiento en tales supuestos.

IV. Caracterización general de la jurisprudencia

Con carácter previo a un análisis pormenorizado de las sentencias del Tribunal de Justicia relativas a la identidad nacional, es oportuno señalar una serie de rasgos comunes

---

[289] Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, considerando núm. 19.

[290] *Vid*. TRUBECK, DAVID, COTTRELL, PATRICK y NANCE, MARK, «Soft law, Hard law and EU Integration», en BÚRCA, GRÁINNE DE Y SCOTT, JOANNE (eds.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

que nos permitirá ofrecer una primera panorámica general de la actividad judicial del Tribunal de Luxemburgo sobre esta materia. De entrada, puede avanzarse que las principales características de esta producción judicial hasta el momento presente son las siguientes: reducido número de sentencias, multiplicidad de instrumentos procesales y variedad de temáticas abordadas. A continuación, nos ocuparemos de ofrecer una aproximación individual a cada una de estas singularidades de la jurisprudencia supranacional.

1. Reducido número de sentencias

Tras haber sido apenas desarrollada la distinción entre las funciones judiciales y no judiciales de la cláusula de identidad nacional, no merece mayor elaboración la consideración de que la primera de ellas ha presentado una incidencia superior en términos cuantitativos. Continuando, pues, con la operatividad judicial del artículo 4.2 TUE, hemos tenido oportunidad avanzar anteriormente que la generalización de la judicialización de la cláusula de identidad nacional no se ha producido hasta fechas relativamente recientes, lo que explica que aún exista un escaso número de sentencias. En efecto, si consideramos que esta cláusula se incorpora al texto de los Tratados con motivo de la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992, el balance jurisprudencial después de casi tres décadas se cifra en un discreto cómputo en torno a una docena de sentencias[291]. Asimismo, no se ha producido una recurrencia regular de pronunciamientos judiciales a lo largo de estos decenios, sino que, por el contrario, a excepción de dos fallos[292], se concentran todos ellos en el período posterior al Tratado de Lisboa. Esto viene a revelar un claro estado de letargo jurisprudencial que se justifica fundamentalmente, como hemos tenido oportunidad de examinar previamente, por la concepción generalizada de la cláusula como una declaración política o simbólica no justiciable. Será a partir del año 2009, año el que se experimenta un claro punto de inflexión, cuando se observe un cierto dinamismo que ha continuado hasta nuestros días. Con todo, es preciso hacer expresas un par de advertencias para valorar apropiadamente la afirmación anterior sobre la suma total de sentencias dictadas.

En primer lugar, debe prevenirse que el cómputo total de pronunciamientos es más complejo de lo que pudiera parecer a simple vista. En este sentido, existen precedentes judiciales en los que no se menciona *expressis verbis* la cláusula de identidad

[291] STJCE de 2 de julio de 1996, Comisión c. Luxemburgo, C-473/93; STJCE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04; STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09; STJUE de 24 de abril de 2011, Comisión c. Luxemburgo, C-51/08; STJUE de 12 de abril de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09; STJUE de 1 de marzo de 2012, O'Brien, C-393/10; STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11; STJUE de 17 de julio de 2014, Torresi, C-58/13; STJUE de 12 de junio de 2014, Digibet Albers, C-156/13; STJUE de 3 de septiembre de 2014, Comisión c. España, C-127/12; STJUE de 2 de junio de 2016, Bogendorff, C-438/14; STJUE de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15; STJUE de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16.

[292] STJCE de 20 de noviembre de 1989, Groener, C-379/87; STJCE de 4 de octubre de 1991, Grogan, C-159/90.

nacional ni se resuelve de manera explícita conforme a ella. Aun así, la idea básica que inspira dicha disposición ha estado muy presente en tales resoluciones judiciales del Tribunal de Luxemburgo y constituyen lo que venimos a denominar una suerte de jurisprudencia silenciosa[293]. En palabras de Simon, «tendríamos la tentación de decir que en materia de respeto a la identidad nacional, lo esencial es invisible para los ojos…Desde sus primeras sentencias, el Tribunal ha afirmado el respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros bajo denominaciones que han podido ocultar el fenómeno»[294]. Entre esas sentencias silentes podemos citar varios casos y debe decirse que, aunque presenten un tratamiento velado de la cuestión que nos ocupa, algunas de ellas tienen una importancia capital[295].

Se pueden identificar dos causas que se encuentran en la raíz de esta jurisprudencia silenciosa. Por un lado, existen aquellas en las que la omisión de esta categoría jurídica responde a la circunstancia de haber sido dictadas con anterioridad a la incorporación del principio de respeto a la identidad nacional en la letra de los Tratados. En estas circunstancias, es comprensible que tales sentencias no se refieran expresamente a dicha cláusula. Aun así, ello no es un obstáculo para poder apreciar sin dificultades que el interés invocado en los asuntos Groener y Grogan -la defensa de una lengua oficial minoritaria y la protección del *nasciturus*- responde a la misma idea recogida formalmente años más tarde. Por otro lado, en otras ocasiones, su falta de presencia no se debe solo al contexto temporal en que se inscriben tales pronunciamientos, sino también a que el Tribunal de Justicia ha recurrido a técnicas hermenéuticas que le han permitido reformular los términos del debate procesal para dar una solución con apoyo en conceptos sobre los que existe una larga y asentada práctica judicial. Así sucede en casos como Omega, Schmidberger o Dynamic Meridien en los que se ha preferido enmarcar el conflicto en el cuadro de las restricciones a las libertades fundamentales del mercado interior y, preferiblemente, sustituyendo la identidad nacional por el concepto de orden público. Un ejemplo en el que es posible advertir esa práctica silenciosa es el asunto España c. Reino Unido, sobre el que nos permitimos abrir un breve inciso explicativo para dar cuenta de esta peculiar jurisprudencia silenciosa.

El asunto España c. Reino Unido tiene como telón de fondo el tradicional contencioso entre ambos Estados miembros concerniente a la reclamación de soberanía española que cierne sobre Gibraltar como territorio de ultramar de la Corona británica[296]. El conflicto del que trae causa la presente sentencia se origina por la aprobación de una

---

[293] Sobre la idea de una jurisprudencia silenciosa, *vid*. CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law*, *op.cit.*, p. 7; SIMON, DENYS, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union», *op.cit.*, pp. 30-33.
[294] *Ibid.*, p. 31. Traducción propia.
[295] STJCE de 20 de noviembre de 1989, Groener, C-379/87; STJCE de 4 de octubre de 1991, Grogan, C-159/90; STJCE de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00; STJCE de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02; STJCE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04; STJCE de 14 de febrero de 2008, Dynamic Meridien, C-244/06.
[296] STJCE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04, apartados 46, 53, 63 y 79. Para un análisis general de esta sentencia, *vid*. GONZÁLEZ GARCÍA, INMACULADA, «TJCE – Sentencia de 12.09.2006, España/Reino Unido, C-145/04, Parlamento Europeo - Elecciones - Derecho de voto - ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar y que no poseen la ciudadanía de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, 2008.

normativa nacional británica (*European Parliament Representation Act* 2003) por la que se extiende el derecho de sufragio activo y pasivo a las elecciones al Parlamento europeo a los conocidos como QCC (*Qualifying Commonwealth Citizens*). Se incluyen dentro esta categoría a aquellos habitantes de la *Commonwealth* que cumplen determinados requisitos previstos por la normativa nacional, pero que, en todo caso, ni son nacionales británicos ni, por tanto, ciudadanos de la Unión Europea, como es el caso de los residentes en la citada colonia británica. Esta reforma legislativa obedece a una sentencia previa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Matthews c. Reino Unido por la que se había declarado culpable a este Estado miembro por vulneración del derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo núm. 1 del CEDH)[297]. Como respuesta a esta innovación legislativa, España decidió interponer un recurso de incumplimiento contra el Reino Unido. En concreto, sostuvo una concepción restrictiva del derecho de sufragio de acuerdo con la cual serían titulares del mismo los ciudadanos de la Unión. Por ciudadano de la Unión Europea se entendía, a juicio del Reino de España, únicamente aquellos que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro, excluyendo así de esa noción a los habitantes de la Roca.

Ante la ausencia de un desarrollo legislativo en los Tratados sobre la titularidad del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo, el Tribunal de Justicia defendió que el Derecho comunitario no se oponía a la decisión del Reino Unido por la que reconocía ese derecho a aquellas personas que, aun no siendo nacionales o ciudadanos de la Unión residentes en territorio británico, presentasen un vínculo estrecho con ellos. Expresado en otros términos, es competencia de cada Estado miembro la determinación de quienes ostentan el estatus de ciudadanos a los efectos de ejercer el derecho de sufragio en las elecciones europeas. Para llegar a esta conclusión, invoca el Reino Unido[298] el argumento, aceptado tanto por la Comisión[299] como por el Tribunal de Justicia[300], de que debe respetarse la tradición constitucional británica que ha establecido secularmente un régimen especial para todos aquellos miembros de la *Commonwealth*, que comprende a todos aquellos Estados soberanos que formaron parte del antiguo imperio británico[301].

A nuestro modo de ver, existen indicios para defender que el término «tradición constitucional» no es más que un nuevo epíteto pare referirse simplemente a la identidad nacional del Reino Unido sin necesidad de mencionarla expresamente. No solo se ha

---

[297] STEDH de 18 de febrero de 1999, Matthews c. Reino Unido, 24833/94. *Vid.* SCHUTTER, OLIVIER DE, «La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne, et la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de droit européen*, núm. 36, vol. 1-2, 2000; SÁNCHEZ RODRIGUEZ, LUIS I., «Sobre el Derecho Internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo. A propósito del asunto Matthews c. Reino Unido», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 5, 1999; SCHERMERS, HENRY G., «Case Law: Matthews v. United Kingdom of 18 february 1999», *Common Market Law Review*, núm. 36, vol. 3, 1999.
[298] STJCE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04, apartado 46.
[299] *Ibid.*, apartado 53.
[300] *Ibid.*, apartados 63 y 79.
[301] *Ibid.*, apartados 46, 53, 63 y 79.

expresado en este sentido la doctrina[302], sino que diversos pasajes de las conclusiones generales[303] y de la propia sentencia pueden interpretarse en el sentido de que tales términos se han utilizado de manera intercambiable. Para evidenciarse este uso indistinto de ambas expresiones, corresponde transcribir las alegaciones de la Comisión contenidas en la sentencia:

> «La Comisión alega que si el concepto de ciudadanía es fundamental para la Unión, lo mismo puede decirse del compromiso de la Unión de respetar la identidad nacional de sus Estados miembros. El artículo 8 del Acto de 1976 confirma, según ella, este principio, puesto que prevé que las disposiciones nacionales que regulan el procedimiento electoral podrán en su caso tener en cuenta las particularidades existentes en los Estados miembros»[304].

En efecto, tanto la Comisión con el Reino Unido coinciden que este Estado miembro tiene potestad para determinar a quien atribuye el estatuto de ciudadano nacional, de lo que se deriva el reconocimiento de la titularidad del derecho de sufragio, con fundamento en el respeto a las tradiciones constitucionales británicas. A diferencia del Reino Unido, la Comisión presenta sus observaciones con referencia no solo a las mencionadas tradiciones constitucionales, sino igualmente, y de manera expresa, a la identidad nacional. Todo ello nos hace pensar que, si bien revestido de una denominación diversa, el Tribunal de Justicia, la Comisión, el Estado demandado y el abogado general tienen presente una misma idea, que incluso sale a la luz de manera explícita en la propia sentencia de manos de la Comisión.

En segundo lugar, continuando con las advertencias sobre el número de sentencias dictadas, no cabe duda de que estas constituyen una fuente primordial para conocer el modo de resolución de este tipo de conflicto en sede judicial, si bien las mismas únicamente nos ofrecen una imagen parcial del verdadero impacto de la identidad nacional en la actividad del Tribunal de Justicia. Es preciso tomar igualmente en consideración las conclusiones de los Abogados Generales e, incluso, en algunas ocasiones son muy sugerentes las observaciones presentadas en la vista oral o por escrito

---

[302] BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, «A Huron at the Kichberg Plateau or a Few Naive Thoughts on Constitutional Identity in the Case-Law of the Judge of the European Union», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 291-293; SIMON, DENYS, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union», *op.cit.*, pp. 33-34.

[303] Conclusiones del AG A. Tizzano de 6 de abril de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04 y C-300/04, apartado 163: «De las anteriores consideraciones resulta que, habida cuenta de su organización constitucional particular, un Estado miembro puede -en principio- reconocer el derecho a votar en las elecciones nacionales y, en consecuencia, en las europeas a sus nacionales residentes en el territorio europeo del Estado». En efecto, aquí no se hace uso del término «identidad nacional» ni «tradiciones constitucionales», pero parece que igualmente se hace referencia a la «organización constitucional particular» británica con ese mismo significado.

[304] STJCE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04, apartado 58.

por Estados que no son parte y que, sin embargo, introducen la identidad nacional en el debate procesal[305].

Cabe destacar una de las señas de identidad del modo de administrar justicia en el sistema judicial europeo como es la intervención los Abogados generales, que son unos asistentes jurídicos de la Corte de Luxemburgo integrados su propia estructura organizativa. Como es bien sabido, el Tribunal de Justicia interviene obligatoriamente en el proceso a fin de dictar una resolución judicial en virtud de la cual se interpreta o aplica el Derecho de la Unión. Por su parte, los Abogados generales redactan con parcialidad e independencia unos informes previos al pronunciamiento del Tribunal europeo en los que se ofrece un análisis y una propuesta de resolución no vinculante, si bien su intervención no es preceptiva en todos los casos. Su carácter no vinculante no debe dar lugar a minusvalorar las opiniones de un cuerpo de profesionales integrados por prestigiosos juristas de todo el continente, gozando sus valoraciones jurídicas de un reputado valor para interpretar el Derecho de la Unión. Este reconocimiento de la labor de los Abogados generales se debe, entre otras circunstancias, al estilo empleado por el Tribunal de Justicia en su tarea de redactar sus sentencias, que es generalmente criticado por ser oscuro y críptico[306]; la ausencia de votos particulares, que no permite conocer con mayor detalle las diferentes posiciones defendidas por sus jueces[307]; a la mayor libertad de los Abogados generales, que no solo se limitan a proponer una respuesta al conflicto respecto del que informan, sino que en ocasiones enuncian posibles soluciones futuras que se separan de la jurisprudencia predominante, incorporando reflexiones de indudable valor.

Respecto de los conflictos judiciales sobre la identidad nacional, los Abogados Generales han sido particularmente activos a la hora de incorporar este argumento en sus conclusiones, si bien el Tribunal de Justicia fue inicialmente muy reticente a la hora de reflejar las observaciones de aquellos profesionales en la posterior sentencia[308]. Ahora

---

[305] Sobre la intervención de Estados miembros en estos procesos por medio de observaciones escritas o en la vista oral, *vid.* STJUE de 1 de marzo de 2012, O'Brien, C-393/10, apartado 49; STJUE de 5 de junio de 2018, Coman, C-673/16, apartado 42. Curiosamente, en ambos casos fue el Gobierno letón el que esgrimió este argumento.

[306] WEILER, JOSEPH H.H., «Epilogue: The Judicial Après Nice», en BÚRCA, GRÁINNE DE Y WEILER, JOSEPH, H.H. (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 225. En términos más generales y abundando en la crítica sobre la oscuridad o parquedad que caracterizan el modo en que el Tribunal de Jusiticia desarrolla sus argumentos, *vid.* KOMÁREK, JAN, «Legal Reasoning in EU Law», en CHALMERS, DAMIAN Y ARNULL, ANTHONY (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

[307] SARMIENTO, DANIEL, «The Luxembourg "Double Look". The Advocate General's Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 23, vol. 1, 2016, pp. 40-41.

[308] Sin ánimo de exhaustividad, merecen al menos citarse las siguientes conclusiones por razón de su relevante aportación al litigio concreto y, en especial, por contribuir a la construcción de la categoría de la identidad nacional, a pesar de que tales contribuciones no fueran posteriormente recogidas en la sentencia. *Vid.* Conclusiones AG M. Poiares Maduro de 16 de diciembre de 2004, España c. Eurojust, C-160/03; Conclusiones AG M. Poiares Maduro de 20 de septiembre de 2005, Marrosu y Sardino, C-53/04; Conclusiones AG J. Kokott de 8 de abril de 2008, UGT Rioja, C-428/06; Conclusiones AG D. Ruiz-Jarabo Colomer de 25 de junio de 2009, Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08; Conclusiones AG M. Poiares Maduro de 30 de septiembre de 2009, Rottman, C-135/08; Conclusiones AG J. Kokott de 2 de octubre de

bien, la doctrina no ha sido ajena a esa falta de correspondencia entre las conclusiones que abordaban esta perspectiva y las correspondientes sentencias. Es por ello que se ha considerado que una de las causas del reciente incremento del número de sentencias dictadas sobre esta cuestión es el resultado de la influencia ejercida durante años por parte de estos miembros del Tribunal europeo en sus escritos[309]. En todo caso, esta disonancia entre las conclusiones generales y las sentencias no es completamente infrecuente en la práctica del Tribunal de Justicia, que en ocasiones acaba acogiendo con el paso del tiempo líneas jurisprudenciales avanzadas por los Abogados Generales que suponían una discontinuidad con respecto a la jurisprudencia asentada[310].

En definitiva, estas observaciones no desvirtúan la afirmación general sobre el relativo reducido número de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, en particular si se toma en consideración el dilatado lapso de tiempo que ha transcurrido desde la integración de la cláusula de identidad nacional en los Tratados hasta el presente. Sin embargo, era oportuno matizar esa aseveración con la idea de que el dato del número de sentencia ofrecía una información sin duda muy relevante, aunque insuficiente. Entendemos preciso valerse de las opiniones de los abogados generales y de las observaciones de los Estados para apreciar la verdadera incidencia de la identidad nacional en el marco más general de la actividad del Tribunal de Luxemburgo.

2. Multiplicidad de mecanismo procesales

La jurisprudencia europea ha recurrido a diferentes vías procesales para imponer el debido respeto a la identidad nacional. Desde un punto de vista teórico, cualquiera de las acciones judiciales reconocidas en el sistema jurídico de la Unión podría constituir un cauce apropiado para articular esta legítima pretensión. En este sentido, la práctica judicial revela que se ha acudido por el momento a cuatro posibles mecanismos procesales para encauzar tales conflictos: cuestión prejudicial, recurso por incumplimiento, recurso de anulación y recurso de casación. De entre todas ellas, la cuestión prejudicial se erige, con una amplia diferencia, como la vía procesal a la que se ha recurrido en un mayor número de ocasiones para satisfacer las demandas de justicia que la cláusula de identidad ha suscitado, prevaleciendo la cuestión prejudicial de interpretación sobre la de validez.

2012, Melloni, C-399/11; Conclusiones AG P. Cruz Villalón de 14 de enero de 2015, Gauweiler, C-62/14; Conclusiones AG P. Mengozzi de 9 de septiembre de 2015, RegioPost, C-115/14; Conclusiones AG J. Kokott de 31 de mayo de 2016, Achbita, C-157/15; Conclusiones AG M. Campos Sánchez-Bordona de 4 de diciembre de 2018, Wightman, C-621/18.

[309] BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, «A Huron at the Kichberg Plateau or a Few Naive Thoughts on Constitutional Identity in the Case-Law of the Judge of the European Union», *op.cit.*, pp. 284.

[310] BORBERG, MORTEN P. y FENGER, NIELS, *The Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 454; LEÓN JIMÉNEZ, ROSARIO, *La figura del abogado general en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Reus, 2007; SHARPSTON, ELEANOR, «The Changing Role of the Advocate General», en ARNULL, ANTHONY, EECKHOUT, PIET y TRIDIMAS, TAKIS, *Continuity and change in EU law: essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Seguidamente, ocupan las siguientes posiciones, ordenadas por número de casos, el recurso de anulación[311], el recurso por incumplimiento[312] y el recurso de casación[313], con apenas una incidencia de cinco asuntos para el primer recurso, cuatro asuntos para el segundo recurso[314] y uno para el último.

En principio, estos datos no ponen de manifiesto ninguna peculiaridad, puesto que las cuestiones prejudiciales constituyen igualmente el tipo de procedimiento más habitual ante la jurisdicción europea. En concreto, las estadísticas judiciales correspondientes a los últimos años muestran que las cuestiones prejudiciales suponen en torno a los dos tercios de toda la actividad judicial del Tribunal de Justicia[315]. A este respecto, la reflexión más relevante, sobre la que nos detendremos más adelante y que ha pasado prácticamente desapercibida en la doctrina, es la hipótesis ya anunciada de que la identidad nacional puede constituirse como un instrumento canalizable judicialmente para ejercitar un control de la aplicación o de la validez de actos o normas de Derecho de la Unión. A tales efectos, la acción procesal configurada para cumplir con este propósito es, o bien el recurso de anulación, o bien la cuestión prejudicial de validez. En cualquier caso, el recurso de anulación ha sido incoado en dos ocasiones y la cuestión prejudicial de validez en una ocasión y, en ningún caso, el Tribunal de Justicia ha resuelto declarar la nulidad del acto o norma en cuestión.

3. Variedad de temáticas abordadas

En el ejercicio de su competencia para interpretar el Derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de identificar los siguientes elementos integrantes de la identidad nacional: la protección de la lengua nacional oficial de un

[311] STJCE de 4 de marzo de 2004, Alemania c. Comisión, C-344/01; Conclusiones AG Poiares Maduro de 16 de diciembre de 2004, España c. Eurojust, C-160/03; STPI de 20 de noviembre de 2008, Italia c. Comisión, T-185/05; ATJUE de 1 de octubre de 2010, Affatato, C-3/10; STJUE de 10 de mayo de 2016, Izsák y Dabis c. Comisión, T-529/13.

[312] STJCE de 2 de julio de 1996, Comisión c. Luxemburgo, C-473/93; STJUE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido; STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Luxemburgo, C-51/08; STJUE de 3 de septiembre de 2014, Comisión c. España, C-127/12.

[313] Conclusiones de la AG J. Kokott de 21 de julio de 2012, Italia c. Comisión, C-566/10 P.

[314] Entre los mismos, no está de más subrayar el asunto España c. Reino Unido. Así, la particularidad de esta sentencia estriba dos circunstancias. Por un lado, por incoar un mecanismo procesal -recurso por incumplimiento por parte de un Estado miembro contra otro (artículo 259 TFUE) cuyo uso ha sido escasísimo en toda la jurisprudencia supranacional y ello por las potenciales implicaciones que comporta para las relaciones diplomáticas entre los Estados involucrados. Por otro, por poner de relieve que la inobservancia de la identidad nacional puede ser imputable no solo a la Unión, sino también a un Estado miembro.

[315] Informe anual del Tribunal de Justicia, Informe de actividad judicial, 2019 (última versión disponible), https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-07/qdaq20001esn_002.pdf., pp. 53-54.

Estado[316], la determinación de la ciudadanía nacional[317], la forma de Estado[318], la organización territorial del Estado[319] (e, igualmente, la distribución de competencias entre el Estados y las organizaciones territoriales que la conforman, así como futuras reorganizaciones de competencias). Del mismo modo, también pueden contribuir, en alguna medida, a delimitar el sentido y el alcance de la identidad nacional, aunque lo sea en un sentido negativo y de manera casuística, aquellos casos en los que los abogados generales o el Tribunal de Luxemburgo han rechazado que determinadas particularidades jurídicas nacionales tengan cabida en esa noción[320]. Entre los mismos se encuentran aquellos en los que los Estados miembros o las partes han recurrido de manera abusiva o espuria a la identidad nacional y, en consecuencia, han sido descartados sin incurrir en una justificación muy elaborada.

En otro orden de cosas, la intervención del Tribunal de Justicia en asuntos relativos a la identidad nacional se ha caracterizado por una aproximación caso por caso[321]. En tales circunstancias, existe una ausencia de sistematización por parte de la jurisprudencia supranacional que ordene las sentencias pronunciadas a este respecto. En un esfuerzo por categorizar esta producción judicial, se han identificado cuatro áreas temáticas sobre las que se ha pronunciado repetidamente la Corte de Luxemburgo: lengua, nacionalidad, organización territorial del Estado e identidad personal. Gracias a esta clasificación, será posible contar con un marco jurisprudencial más claro a partir del cual reconocer las diferentes respuestas brindadas por el Tribunal europeo ante este tipo de conflictos.

---

[316] STJCE de 28 de noviembre de 1989, Groener, 379/87, apartado 19; Conclusiones del AG J. Kokott de 4 de septiembre de 2008, UTECA, C-222/07, apartados 92-93; STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09, apartado 86; STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11, apartado 26.

[317] STJCE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04, apartados 63 y 79. Esta posición ha sido igualmente acogida en un par de ocasiones por distintos Abogados Generales, que se han expresado en los mismos términos: «Tal solución contravendría asimismo la obligación, impuesta a la Unión por el artículo 6 UE, apartado 3, de respetar la identidad nacional de los Estados miembros, de la que la composición de la comunidad nacional constituye evidentemente un elemento esencial». *Vid.* Conclusiones del AG M. Poiares Maduro de 30 de septiembre de 2009, Rottman, C-135/08, apartado 25; Conclusiones del AG P. Mengozzi de 12 de julio de 2018, Tjebbes, C-221/17, apartado 107.

[318] STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, apartado 92.

[319] STJCE de 12 de junio de 2014, Digibet y Albers, C-156/13, apartado 34; STJUE de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, apartado 40. En este mismo sentido, se ha expresado algún abogado general *vid.* Conclusiones del AG V. Trstenjak de 3 de febrero de 2009, Horvath, C-428/07, apartado 96.

[320] NIC SHUIBHNE, NIAMH, «Primary Laws: Judging Free Movement Restrictions after Lisbon», en KOUTRAKOS, PANOS, NIC SHUIBHNE, NIAMH y SYRPIS, PHIL, *Exceptions from EU Free Movement Law: derogation, justification and proportionality*, Hart, Oxford, 2016, p. 315.

[321] Respecto de la aproximación casuística o caso por caso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la identidad nacional, FEDERICO, GIACOMO DI, «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione del conflitti inter-ordinamentali», *op.cit.*, p. 334; KONSTADINIDES, THEODORE, «Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement», *op.cit.*, p. 206; MORRONE, ANDREA, «I mutamenti costituzionali derivanti dell'integrazione europea», *Federalismi*, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37235, 2018, p. 23.

V. Uso judicial de la identidad nacional

Un análisis de las resoluciones judiciales emanadas del Tribunal de Justicia se impone ineludiblemente a los efectos de completar un examen de la identidad nacional desde la perspectiva judicial supranacional[322]. Con la finalidad de ofrecer un necesario estudio sistemático de toda su producción judicial a la vista de una aproximación casuística o caso por caso de este órgano judicial, se ha decidido ordenarla tomando como criterio las tres funciones de la cláusula en su vertiente judicial: excepción cualificada a las libertades fundamentales del mercado interior, control de inaplicación y de validez del Derecho secundario, y uso *ad abundantiam*. Seguidamente, abordaremos un examen individualizado de cada una de estas tres categorías en ese mismo orden anunciado, otorgando un tratamiento preferente a la primera de ellas por razón de ser la predominante en términos cuantitativos y cualitativos.

1. Excepción cualificada a las libertades fundamentales del mercado interior

El uso judicial por excelencia de la identidad nacional ante el Tribunal de Justicia aparece representado por una serie de casos en los que se lleva a cabo un control de actos o normas nacionales que pueden ser constitutivos de una restricción a las libertades fundamentales del mercado interior. El Derecho de la Unión contempla una serie de excepciones a las cuatro libertades fundamentales, que pueden tener su fundamento en dos posibles fuentes; o bien en los propios Tratados (artículos 36, 45, 62 y 65 TFUE, correspondientes a la libre circulación de mercancías, personas, capitales y servicios, respectivamente), que se refieren sustancialmente a las conocidas excepciones de orden público, seguridad pública y salud pública; o bien en una consolidada jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo.

En efecto, la identidad nacional no aparece incorporada entre las excepciones convencionales a tales libertades fundamentales. En consecuencia, solo un análisis de la labor del juez europeo nos permitirá conocer la exacta configuración jurídica de una excepción de creación jurisprudencial, si bien con fundamento en el Derecho primario. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que esta es la aplicación judicial más numerosa en términos cuantitativos. Siendo así, hemos juzgado oportuno ordenar toda esa producción normativa siguiendo un criterio temático. Así las cosas, las cuatro categorías resultantes de esta sistematización son las siguientes: lengua, nacionalidad, organización territorial del Estado e identidad personal.

[322] Para un análisis general de la jurisprudencia sobre esta categoría jurídica, *vid.* BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, «A Huron at the Kirchberg Plateau or a Few Naive Thoughts on Constitutional Identity in the Case-law of the Judge of the European Union», *op.cit.*; SIMON, DENYS, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union Européenne», *op.cit.*, 2011.

1.1. Lengua

La lengua es un tradicional elemento de tensión en el marco de la integración europea[323]. Por un lado, desde el punto de vista nacional, la lengua es un atributo constitutivo de la identidad nacional de los Estados miembros, que puede ser percibida como una realidad vulnerable ante la evolución del proyecto común[324]. Por otro, desde la perspectiva supranacional, la misma pueden ser considerada como un claro obstáculo para la consecución del correcto funcionamiento del mercado interior. En este estado de cosas, nos interesa conocer cómo la jurisprudencia ha abordado esta cuestión del fenómeno lingüístico en su condición de elemento integrante de la identidad nacional para hacerlo conciliar con las necesidades del mercado interior. No es irrelevante mencionar a este respecto que el primer precedente judicial sobre la identidad nacional se remonta a finales de la década de los años ochenta del siglo pasado y se pronunció precisamente sobre las lenguas oficiales, dándonos así una idea de la dimensión supranacional de estos conflictos desde fechas relativamente tempranas en la integración europea.

1.1.1. Groener

Los orígenes de esta sentencia se sitúan en una decisión adoptada por las autoridades irlandesas competentes (Ministerio de Educación y Comité de Enseñanza Profesional de la ciudad de Dublín) por la que se deniega a una nacional neerlandesa (Sra. Groener) el nombramiento para ser profesora de arte, con carácter permanente y a tiempo completo, por no acreditar unos conocimientos suficientes de la lengua irlandesa[325]. Impugnada esta decisión por la Sra. Groener, este litigio llegó a conocimiento de la *High Cour*t de Dublín, que decidió elevar una cuestión prejudicial por albergar dudas sobre si la normativa nacional era o no compatible con el Derecho comunitario. En concreto, quería conocer si una disposición nacional que exige el conocimiento de una de las

[323] Con carácter general, para un análisis de la cuestión lingüística desde el punto de vista del Derecho de la Unión, *vid*. ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER (ed.), *Respecting linguistic diversity in the European Union*, John Benjamins, Ámsterdam, 2008; COULMAS, FLORIAN (ed.), *A Language Policy for the European Community: prospects and quandaries*, Mouton de Gruyter, Berlín, 1991; NIC SHUIBNE, NIAMH, *EC Law and Minority Language Policy*, Kluwer Law International, 2002; SCHILLING, THEODOR, «Language Rights in the European Union», *German Law Journal*, núm. 9, vol. 10, 2008.

[324] En este sentido, contamos con un par de ejemplos muy ilustrativos que ponen de relieve una reacción constitucional frente a los temores asociados a una influencia proveniente de la profundización de la integración en materia lingüística. En primer lugar, Francia decidió modificar el artículo 2 de su Constitución para incorporar la lengua francesa entre los principios esenciales de la República y, no casualmente, esta reforma fue operada coincidiendo con la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional Federal alemán identificó en la conocida sentencia Lisboa cinco áreas que constituyen un núcleo inalienable de su ordenamiento constitucional no susceptible de ser transferido en favor de la Unión Europea, entre las cuales se cita concretamente el idioma alemán. *Vid*. STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BvE 2/08, apartado 260.

[325] STJCE de 28 de noviembre de 1989, Groener, C-379/87.

lenguas oficiales de un Estado a un nacional de otro Estado miembro para ocupar un puesto de profesor era contraria al artículo 48.3 del Tratado CEE y al artículo 3 del Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores.

Inicia sus razonamientos el Tribunal de Luxemburgo poniendo de manifiesto la particular situación social y normativa en que se encuentra Irlanda desde un punto de vista lingüístico[326]. En este sentido, señala, citando el artículo 8 de la Constitución irlandesa (*Bunreacht na hEireann*)[327], que el irlandés es la primera lengua oficial del Estado, que la misma no es hablada por todo el pueblo irlandés y que el Gobierno nacional ha desarrollado una política educativa tendente a promover su conocimiento como «medio de expresión de la identidad y cultura nacionales»[328]. Con apoyo en esta consideración central, el Tribunal de Justicia dispone que:

> «El Tratado CEE no se opone a la adopción de una política enfocada hacia la defensa y promoción de la lengua de un Estado miembro que, al mismo tiempo, es la lengua nacional y la primera lengua oficial. Ahora bien, la puesta en práctica de semejante política no debe menoscabar una libertad fundamental, como es el caso de la libre circulación de trabajadores. Por consiguiente, las exigencias derivadas de las medidas de ejecución de una política de este tipo no deben ser desproporcionadas, en ningún caso, en relación con el fin perseguido; y sus modalidades de aplicación no deben suponer discriminación alguna en detrimento de nacionales de otros Estados miembros»[329].

Desde el punto de vista de la legislación comunitaria, el Reglamento 1612/68 imponía limitaciones a la libertad de circulación de trabajadores y, en concreto, el artículo 3.1 preveía la posibilidad de establecer restricciones a la misma en razón de la naturaleza del empleo a cubrir. A este respecto, el Tribunal europeo interpretó que el conocimiento del idioma irlandés, como expresión de la identidad nacional de Irlanda, podía ser, en principio, un motivo de excepción a esa libertad fundamental por considerarse un

---

[326] Irlanda se sitúa en la misma línea que han seguido la mayoría de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, que no es otra que incorporar una disposición en virtud de la cual se declara el carácter oficial de una o, incluso, varias lenguas nacionales. Entre otros, este es el caso de Francia (artículo 2) o de Bélgica (artículo 4) y España (artículo 3.3), como representantes de modelos de reconocimiento constitucional de monolingüismo o plurilingüismo, respectivamente. De este modo, por medio del reconocimiento constitucional de las mismas se nos da una idea del particular valor y rango normativo que se les quiere otorgar. En todo caso, existen excepciones como es caso alemán que no ha contempla ningún precepto en este sentido.

[327] Artículo 8 de la Constitución irlandesa de 1937: «1. El idioma irlandés, como lengua nacional, es el primer idioma nacional.
2. Se reconoce a la lengua inglesa como segundo idioma oficial.
3. Se podrá, sin embargo, disponer por medio de ley el uso exclusivo de una cualquiera de dichas lenguas para una o varias finalidades oficiales en todo el territorio del Estado o en una parte determinada del mismo». Traducción propia.

[328] STJCE de 28 de noviembre de 1989, Groener, C-379/87, apartados 17-18. En este mismo sentido, el abogado general en la causa considera que, en esencia, el problema que se plantea al Tribunal de Justicia versa sobre «uno de los aspectos más delicados de la identidad cultural» y que el reconocimiento constitucional del idioma irlandés es una buena prueba de la importancia que quiere atribuirse a la defensa de esta lengua nacional. *Vid*. Conclusiones del AG M. Darmon de 16 de mayo de 1989, Groener, C-379/87, apartados 1 y 20.

[329] STJCE de 28 de noviembre de 1989, Groener, C-379/87, apartado 19.

requisito conectado con las particularidades de la profesión a ejercer. En este sentido, se pronuncia en términos muy claros cuando declara que no parece «irracional» exigir unos ciertos conocimientos de la primera lengua nacional oficial para impartir docencia y para participar en la vida cotidiana de la escuela[330]. En términos muy semejantes se expresa el abogado general, quien no aprecia desproporcionalidad alguna en aplicar estas políticas lingüísticas en el medio educativo, y no solo para profesores de literatura o cultura irlandesa, como medio para garantizar la diversidad del patrimonio cultural nacional[331]. Con todo, la invocación de la identidad nacional no constituyó un argumento definitivo y la misma debía ser contrapesada con otros principios en juego. En particular, tal y como se desprende del pasaje de la sentencia antes transcrito, se subordinó la legalidad de la medida adoptada al cumplimento de dos condiciones cumulativas: proporcionalidad y no discriminación por razón de la nacionalidad.

Esta sentencia goza de una innegable relevancia para el estudio de la jurisprudencia sobre la identidad nacional, no solo por el mero hecho de ser la primera que se pronuncia sobre este objeto, sino porque anticipa una serie de elementos que podrán advertirse en los siguientes fallos.

En primer lugar, la sentencia hace alusión a la idea de identidad nacional como un fundamento legítimo que permite justificar una restricción a la libre circulación de trabajadores. Y, todo ello, a pesar de que la misma no encontrase aún un reflejo expreso en los Tratados ni existiera tampoco ningún precedente judicial en que hubiera sido aducida para resolver conflictos de naturaleza lingüística.

En segundo lugar, otra consideración que merece subrayarse es la mención expresa a la Constitución nacional irlandesa como una fuente particularmente autorizada a partir de la cual es posible extraer un principio fundamental de una comunidad nacional. El interés de esta alusión se justifica porque de acuerdo con una jurisprudencia inveterada iniciada a partir del asunto Internationale Handeslgesellschaft[332], se ha mantenido que la violación de una norma constitucional no puede afectar a la validez de un acto o norma del Derecho de la Unión o a su efecto en el territorio de los Estados miembros. Ciertamente, la exigencia de ciertos conocimientos lingüísticos como barrera a la libre circulación de trabajadores fue justificada con arreglo al proprio Reglamento 1612/68 (artículo 3.1, último párrafo), que permitía atender a la «naturaleza del empleo a cubrir», dando así entrada a que particularidades nacionales pudieran influenciar la interpretación de ese inciso. Sin embargo, resulta de interés enfatizar que para apreciar esa excepción el Tribunal de Justicia recurra como criterio hermenéutico al estatus constitucional del idioma irlandés como expresión de la identidad de este Estado miembro. Con ello se aprecia la relevancia de esta categoría jurídica en la decisión final, aunque también debe señalarse que la misma no goza de completa autonomía en la forma de una excepción por sí misma, sino que sirve para interpretar otra contemplada expresamente en los Tratados.

---

[330] *Ibid.*, apartados 20-21.
[331] *Ibid.*, apartados 20 a 24.
[332] STJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70.

En tercer lugar, otro rasgo significativo de esta primera sentencia reside en la identificación de un campo de acción en el que la identidad nacional se ha erigido como un elemento de defensa recurrente por parte de los Estados miembros como es el de la protección de las lenguas oficiales. Gracias a ella, la vaguedad propia que ha rodeado a este concepto encuentra una mayor concreción mediante su conexión con la protección de los señalados idiomas oficiales.

En último lugar, aunque no menos importante, es el establecimiento de un criterio para la resolución de este tipo de conflictos con base al principio de proporcionalidad. Dicho de otro modo, la alegación de la identidad nacional no será por sí sola un interés concluyente cuya transgresión sea suficiente para admitir inmediatamente una excepción a una libertad fundamental del mercado. Por el contrario, será necesario acudir a un juicio de ponderación en el que se tomen en consideración los diferentes intereses en juego y valorar si el acto o norma de que se trate es adecuada por la consecución del objetivo propuesto y la existencia de otros medios menos gravosos para alcanzar el mismo fin. Insistimos en que la identidad nacional será uno de los intereses que intervenga en ese ejercicio de ponderación, pero existen otros intereses contrapuestos que pueden terminar por prevalecer.

1.1.2. Runevič-Vardyn

Transcurridas más de dos décadas entre la sentencia precedente (1989) y el asunto Runevič-Vardyn (2011), es posible apreciar una evolución muy significativa del Derecho originario por medio de un reconocimiento expreso de la necesidad de respetar la diversidad lingüística de la Unión. Tras la aprobación del Tratado de Lisboa, existe una gran variedad de disposiciones que expresan el compromiso de la Unión de respetar y promover la diversidad nacional, cultural y lingüística. En particular, ocupan un lugar privilegiado el artículo 3.3 TUE[333] y artículo 22 CDFUE[334], que han sido interpretados como complementos de la cláusula de identidad nacional[335]. Así las cosas, tal y como analizaremos seguidamente, el Tribunal de Justicia resolvió este nuevo caso reconociendo el carácter pionero del asunto Groener y tomando en consideración el nuevo marco jurídico.

Una nacional lituana, perteneciente a la minoría polaca, presentó diversas solicitudes ante el Registro Civil de Vilnius para obtener una modificación de su nombre y apellido en las inscripciones relativas a su nacimiento y matrimonio de conformidad

[333] Artículo 3.3 TUE (párrafo cuarto): «La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo».
[334] Artículo 22 CDFUE: «La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística».
[335] *Vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, «La política lingüística de los Estados miembros y el Derecho de la Unión», *op.cit.*, p. 27.

con las normas de ortografía polacas[336]. Esta petición se enfrentó a la dificultad de que las normas del ordenamiento jurídico lituano en materia de nombres y apellidos - presididas por el artículo 14 de la Constitución de la República de Lituania, que reconoce el lituano como única lengua oficial[337]- disponen claramente la obligatoriedad de que la inscripción se efectúe en ese idioma.

Los problemas que puede originar esta regulación se pusieron de manifiesto como consecuencia de la celebración del matrimonio entre la interesada y su cónyuge de nacionalidad polaca, así como su posterior desplazamiento a Bruselas donde llevaban una vida familiar junto con su hijo. Considerando que la normativa lituana permitía que la esposa mantuviese su apellido de soltera, precediendo al de su marido y separados ambos por un guión, el certificado de matrimonio expedido en Lituania fue transcrito de la siguiente forma: Runevič-Vardyn. En estas circunstancias, el apellido originario del marido (Wardyn) había mudado la «w», inexistente en el alfabeto cirílico propio de la lengua lituana, por una «v». En consecuencia, esto podía generar posibles disonancias entre la inscripción del matrimonio en Lituania y la inscripción de nacimiento del cónyuge varón en Polonia. Todo ello podía conducir a posibles dificultades para demostrar la relación conyugal y la relación de filiación que mediaba entre los progenitores y su primogénito, en especial a causa del desplazamiento de su residencia a otro Estado miembro.

En defensa de sus pretensiones, los demandantes alegaron que la decisión de las autoridades nacionales lituanas de no modificar los asientos del registro civil comportaba una discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18 TFUE) y una violación de la libre circulación de personas (artículo 21 TFUE). El razonamiento seguido por parte del Tribunal de Justicia se escalonó en dos fases sucesivas consistentes en examinar la existencia o no de una restricción de la mencionada libertad fundamental y, posteriormente, en caso de que la misma fuese apreciada, analizar si la misma estaba o no justificada por el Derecho de la Unión.

En un primer paso, para constatar la existencia de una restricción, no bastaba con aducir meras molestias que pudieran afectar al ejercicio de la mencionada libertad, sino que, siguiendo una jurisprudencia consolidada[338], «la negativa a modificar el apellido

---

[336] STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09. *Vid*. DAGILYTE, EGLE, STASINOPOULOS, PANOS y ŁAZOWSKI, ADAM, «The importance of being Earnest: spelling of names, EU citizenship and fundamental rights», *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, núm. 11, vol. 1, 2015; TERUEL LOZANO, GERMAN M., «Identidad personal y reconocimiento del "nombre" en el espacio europeo: hacia la construcción de un estatuto personal como ciudadanos europeos», en CARMONA CONTRERAS, ANA M. (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018; VAN EIJKEN, HANNEKE, «Case C-391/09, *Malgožata Runevic˘-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miestos savivaldybes administracija* and Others», *Common Market Law Review*, núm. 49, vol. 2, 2012.

[337] Artículo 14 de la Constitución de Lituania de 1992: «El lituano es la lengua del Estado».

[338] STJCE de 2 de octubre de 2003, Garcia Avello, C-148/02, apartado 36; STJCE de 14 de octubre de 2008, Grunkin y Paul, C-353/06, apartados 23-28; STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, apartados 67, 69 y 70.

común a los demandantes en el asunto principal en virtud de la normativa nacional de que se trata debe implicar para los interesados graves inconvenientes de orden administrativo, profesional y privado»[339]. En un segundo paso, una vez verificado el referido obstáculo, era preciso que, siguiendo de nuevo reiterada jurisprudencia, la misma estuviese basada en consideraciones objetivas y fuese proporcional al objetivo legítimamente perseguido. En este sentido, el gobierno lituano aludió que:

> «La lengua lituana constituye un valor constitucional que preserva la identidad de la nación, contribuye a la integración de los ciudadanos, garantiza la expresión de la soberanía nacional, la indivisibilidad del Estado y el buen funcionamiento de los servicios del Estado y de las entidades locales»[340].

El Tribunal de Justicia, con mención expresa al asunto Groener y al nuevo marco normativo vigente, partió de reconocer la obligación que incumbe a la Unión de respetar la identidad nacional de los Estados miembros, de la que forma parte la protección de la lengua oficial nacional del Estado[341]. En particular, señaló que la normativa lituana en materia de nombres y apellidos está dirigida a proteger ese fin y estimó que estas medidas constituían un «objetivo legítimo» que podían justificar una restricción al derecho de circular y residir libremente por la Unión[342]. Ahora bien, estas medidas restrictivas, aun considerándose legítimas, constituyen un elemento de ponderación más en el test de proporcionalidad que habrá de realizar el Tribunal de instancia, remitiéndose al órgano jurisdiccional nacional para que juzgase si observaba un justo equilibrio entre los intereses en liza, esto es, el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada (artículo 7 CDFUE y artículo 8 CEDH) y la protección legítima de la lengua oficial por parte del Estado lituano[343].

Contrasta con esta sentencia el parecer expresado por el AG Jääskinen en sus conclusiones generales[344]. En primer lugar, analiza separadamente cada uno de las dos posibles transgresiones a los artículos 18 TFUE y 21 TFUE en contraposición a la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, que centra fundamentalmente el debate sobre una posible violación del segundo de estos motivos alegados. En segundo lugar, y a diferencia de la posición más cautelosa en cuanto a la posible vulneración de tales disposiciones por parte de las autoridades nacionales competentes y la remisión final de asunto al órgano jurisdiccional que ha elevado la cuestión prejudicial, el abogado general se expresó más claramente defendiendo un incumplimiento de ambas normas precitadas. Por último, aunque no por ello menos importante, debe subrayarse la «relevancia menor a la identidad

[339] STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09, apartado 76.
[340] *Ibid.*, apartado 84.
[341] *Ibid.*, apartados 85-86.
[342] *Ibid.*, apartado 87.
[343] *Ibid.*, apartado 91.
[344] Conclusiones del AG Jääskinen de 16 de diciembre de 2010, Runevič-Vardyn, C-391/09.

nacional, casi de pasada y a mayor abundamiento»[345] que el abogado general le atribuye en sus conclusiones generales[346].

1.1.3. Las

En último lugar, otro buen ejemplo de este tipo de conflictos identitarios en los que interviene la identidad nacional viene representado por el asunto Las[347]. El Sr. Las, nacional neerlandés y residente en los Países Bajos, fue contratado por PSA Antwerp, una sociedad mercantil ubicada en Amberes (Bélgica) e integrada en un grupo multinacional con domicilio social en Singapur, para que ejerciera su actividad profesional en Bélgica y en los Países Bajos.

Tras haber prestado sus servicios en la mencionada empresa por un período de cuatro años, el recurrente fue despedido con efecto inmediato. Esta decisión por la que se extinguía su relación laboral fue impugnada con fundamento en el Decreto de la Comunidad Flamenca de 1973 por el que se regula el uso de las lenguas en las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores, así como los documentos de las empresas exigidos por la Ley y los Reglamentos. En particular, la parte demandante esgrimió que el contrato laboral y, más concretamente, la cláusula núm. 8 del mismo relativa a las indemnizaciones por despido, debían ser considerada nula por no estar redactada en la lengua neerlandesa. En efecto, el artículo 10 del mencionado Decreto sobre el uso de las lenguas prescribe la nulidad de todos los documentos exigidos por la ley que no estén redactado en neerlandés y, según el recurrente, resultaba de aplicación al presente caso por razón de la ubicación del centro de explotación en la región de lengua flamenca del Reino de Bélgica, lo que otorgaría al Sr. Las el derecho a exigir una indemnización sustancialmente más elevada que la reconocida inicialmente por su antiguo empresario.

Con carácter previo a un análisis detallado sobre el fondo del asunto, es oportuno poner de relieve la dimensión constitucional de este conflicto. Para empezar, debe atenderse a la particular organización federal del Reino de Bélgica en cuatro regiones lingüísticas -región de lengua francesa, región de lengua neerlandesa, región bilingüe de Bruselas y región de lengua alemana- (artículo 4 de la Constitución belga[348]), siendo una circunstancia que, tal y como reflejan numerosos preceptos de la misma, reviste una

---

[345] AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *op.cit.*, p. 434.

[346] Conclusiones del AG N. Jääskinen de 16 de diciembre de 2010, Runevič-Vardyn, C-391/09, apartados 80 y 100.

[347] STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11. *Vid.* CLOOTS, ELKE, «Respecting linguistic identity within the EU's internal market: Las», *Common Market Law Review*, núm. 51, vol. 2, 2014; DEFOSSEZ, Alexandre, «Arrêt "Las": Les règles relatives à l'emploi des langues à l'èpreuve du droit de l'Union européenne», *Journal de droit européen*, núm. 199, vol 5, 2013.

[348] Artículo 4 Constitución de Bélgica: «Bélgica comprende cuatro regiones lingüísticas: le región de lengua francesa, la región de lengua neerlandesa, la región bilingüe de Bruselas-Capital y la región de lengua alemana.
Todo municipio del Reino forma parte de una de estas regiones lingüísticas (…)».

capital trascendencia de orden constitucional. Concentrándonos en el concreto ámbito lingüístico, el Decreto de la Comunidad Flamenca de 1973 encuentra su fundamento constitucional en el artículo 129, apartado 1, punto 3, de la Constitución belga en virtud del cual se otorga potestad a los Parlamentos de la Comunidad Francesa y de la Comunidad Flamenca para regular por medio de Decreto, en su respectivo ámbito geográfico y con exclusión del legislador federal, el uso de las lenguas en diferentes esferas y, entre ellas, en las relaciones laborales entre los empresarios y su personal, así como en los documentos de las empresas exigidos por la Ley y los Reglamentos. Este previsión fue incorporada en la Constitución nacional por medio de una reforma operada en 1970 en un momento determinante de la historia constitucional de este Estado que es considerado como uno de los episodios más relevantes del proceso de federalización del Reino de Bélgica[349]. En este contexto, las aprobación del Decreto sobre las lenguas responde, como se evidencia en los *travaux préparatoires* de dicha norma, a una voluntad de introducir y ampliar la influencia del neerlandés en diferentes esferas de la vida pública tradicionalmente dominados por el idioma francés y los belgas francófonos, y particularmente en el ámbito económico y laboral[350]. Gracias a esta concisa contextualización, es posible advertir la incidencia y sensibilidad constitucional que reviste este asunto, que puede servir para comprender la adopción de una serie de medidas legislativas que presentan una innegable repercusión sobre el funcionamiento del mercado interior de la Unión.

Retomando el examen de fondo del caso Las, el Tribunal de lo Social de Amberes (*Arbeidsrechtbank te Antwerp*) elevó una cuestión prejudicial por medio de la cual se preguntaba, en esencia, si el artículo 45 TFUE debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una normativa nacional que obligase a todo empresario que tuviese su centro de explotación en el territorio de una entidad federada con lengua propia a redactar los contratos laborales de carácter transfronterizo únicamente en la lengua oficial de ese Estado federado bajo la pena de que el juez nacional pueda declarar de oficio la nulidad del contrato.

Una vez más, se repitió el *iter* argumentativo adoptado por el Tribunal de Justicia siguiendo una jurisprudencia reiterada ya comentada con arreglo a la cual se debe examinar la existencia de una restricción a la libre circulación de trabajadores y, en caso afirmativo, analizar si la misma estaba justificada. En este sentido, fue afirmada la concurrencia de una restricción por considerarse que la normativa flamenca podía producir un efecto disuasorio para contratar en aquellos casos en que trabajadores y/o empresarios fueran procedentes de otros Estados miembros de la Unión y no hablasen neerlandés[351]. Continuó el Tribunal de Justicia afirmando, de acuerdo con una asentada

[349] CLOOTS, ELKE, «Respecting linguistic identity within the EU's internal market: Las», *op.cit.*, pp. 625-626.
[350] *Ibidem*.
[351] STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11, apartado 22.

jurisprudencia analizada anteriormente[352], que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o, incluso, simplemente hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales solo serán admisibles si se cumplen tres requisitos cumulativos: perseguir un objetivo de interés general, ser adecuada para garantizar la realización de ese objetivo y no ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido. En otras palabras, se impone a la resolución del caso la aplicación del clásico test de proporcionalidad con cada una de las fases propias del mismo, esto es, necesidad, adecuación y proporcionalidad *stricto sensu*.

Respecto de la necesidad de la normativa controvertida, el Gobierno belga individualiza tres causas distintas: fomentar y estimular el uso de una de sus lenguas oficiales, garantizar la protección de los trabajadores y garantizar la eficacia de los controles y de la vigilancia que efectúe la inspección de trabajo[353]. En cuanto al primero de los objetivos invocados, el Tribunal de Luxemburgo recordó, en línea con lo expresado en los asuntos Groener[354] y Runevič-Vardyn[355], que, con carácter general, el Derecho de la Unión no se opone a la adopción de una política destinada a la defensa y promoción de una o varias lenguas oficiales de un Estado miembro[356]. Con el propósito de reforzar la idea de que la Unión no es contraria a una política lingüística de esas características, hizo alusión a la obligación que se impone a sí misma de respetar la identidad nacional de los Estados miembros, de la que también forma parte la protección de la lengua o lengua oficiales[357]. Estas consideraciones permitieron al Tribunal europeo concluir que el objetivo de fomentar y estimular el uso de la lengua neerlandesa constituye un «interés legítimo» capaz de justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el artículo 45 TFUE[358].

Para terminar, la última barrera para declarar admisibilidad de la restricción apreciada era la de enjuiciar la proporcionalidad de la normativa controvertida. A juicio del Tribunal de Justicia, la normativa controvertida iba más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos mencionados por existir medidas alternativas que pudieran satisfacer el mismo propósito, como es sencillamente el de autorizar que, junto con la copia del contrato en neerlandés, se permitiese una copia, igualmente auténtica, del contrato en una lengua conocida por todas las partes implicadas[359]. En este sentido, se ha criticado que, si bien lleva a cabo un control de proporcionalidad más estricto que el apreciado en los asuntos Groener y Runevič-Vardyn, sigue siendo insuficiente, en

---

[352] *Vid*. STJCE de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, C-212/06, apartado 55: STJUE de 16 de marzo de 2010, Olympique Lyonnais, C-325/08, apartado 38; STJUE de 1 de diciembre de 2011, Hungría c. Comisión, C-253/09, apartado 69. Todas ellas son mencionadas por el propio asunto Las en el apartado 23.
[353] STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11, apartado 24.
[354] STJCE de 28 de noviembre de 1989, Groener, C-379/87, apartado 19.
[355] STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09, apartado 85.
[356] STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11, apartado 25.
[357] *Ibid.*, apartado 26.
[358] *Ibid.*, apartado 27.
[359] *Ibid.*, apartados 32 y 33.

especial si se compara con el análisis más concienzudo seguido por el AG Jääskinen en sus conclusiones para el caso Las[360]. Sin duda, tanto la sentencia como las conclusiones coinciden en valorar como desproporcionada la solución propuesta por la normativa flamenca en la medida en que impone un nulidad absoluta, general y con efectos *ex tunc* de todo contrato de trabajo no redactado en la lengua oficial de esa región, sin tomar en consideración el carácter transfronterizo de la relación laboral, los costes que eso supone en una economía globalizada y sin que se contemplen subsidiariamente otras alternativas menos gravosas que pueden ser igualmente de eficaces. Ahora bien, habida cuenta de la todavía escasa relación de sentencias sobre la identidad nacional y la centralidad del juicio de proporcionalidad para resolución de este litigio, hubiera sido deseable contar con un desarrollo argumental más elaborado que dotase a estos conflictos de una mayor certidumbre jurídica.

A la luz de estas tres sentencias analizadas, es posible extraer una serie de ideas fundamentales en relación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la identidad nacional cuando la misma tiene por objeto las lenguas nacionales.

Para empezar, el Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado de manera inequívoca y reiterada en favor de considerar la promoción y la defensa de la lengua nacional como un elemento integrante de la identidad nacional de los Estados miembros. En segundo lugar, coinciden también todos estos casos en subrayar que tales políticas dirigidas a fomentar una diversidad lingüística pueden adquirir la condición de un objetivo legítimo que pueda justificar una restricción a las libertades fundamentales del mercado interior, aunque por el momento solo se han planteado disputas en las que ha estado en juego la libre circulación de trabajadores[361]. Se configura, así, como una excepción de creación judicial, aunque evidentemente con fundamento en la cláusula de identidad nacional, y diversa de las expresamente recogidas en los Tratados en los artículos dedicados específicamente a a esas libertades. En todo caso, como toda política estatal susceptible de poner en riesgo el ejercicio de una libertad fundamental del mercado interior, la misma puede ser controlada por el Tribunal de Justicia, que en estos casos ha acudido siempre el conocido como test de proporcionalidad. Si acaso, una diferencia entre estos tres asuntos reside en que, a diferencia de las decisiones Groener y Runevič-Vardyn, en la sentencia Las se aplicó este control de una manera más estricta y desarrollada en comparación a sus predecesores. Para terminar, observamos una última diferencia relevante relativa al modo de dar respuesta a la cuestión prejudicial. Así pues, frente a los dos primeros casos que optan por limitarse a deferir al órgano judicial remitente la aplicación del criterio de proporcionalidad de acuerdo con las pautas más o menos abstractas indicadas en la sentencia, podemos decir que la sentencia Las ofrece una

[360] CLOOTS, ELKE, «Respecting linguistic identity within the EU's internal market: Las», *op.cit.*, pp. 640-644.

[361] Sobre la consideración de las políticas nacionales para la defensa o promoción de una o varias lenguas oficiales como un objetivo legítimo susceptible de afectar a las libertades fundamentales de la Unión, aparte de las tres sentencias objeto de análisis, *vid.* STJCE de 5 de marzo de 2009, UTECA, C-222/07, apartados 25 y 27.

solución precisa a la cuestión de fondo que se ha iniciado en el órgano jurisdiccional remitente[362].

Debe valorarse positivamente que se haya ido consolidando con los años una jurisprudencia que ofrece unos criterios de resolución bien delimitados, otorgando así previsibilidad y seguridad jurídica en beneficio de los particulares y de los Estados miembros. Frente a estas evidentes continuidades respecto a la jurisprudencia precedente, merece destacarse, sin perjuicio de que merezca un análisis más profundo con posterioridad, la remisión de la solución del conflicto a los Tribunales nacionales de instancia, que puede abrir la puerta a un escenario en el que estos litigios se resuelvan con una mayor deferencia en favor de los órganos jurisdiccionales nacionales por mor de la especial sensibilidad que los mismos traen consigo[363].

1.2. Nacionalidad

La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad es un principio esencial de larga tradición para el ordenamiento jurídico de la Unión, que está estrechamente ligado a la construcción del mercado interior y al estatuto de la ciudadanía europea[364]. Esta interdicción aparece consagrada en los Tratados desde la fundación de las Comunidades Europeas y, más allá de su formulación general en el Tratado (artículo 18 TFUE) y en la Carta (artículo 21.2 CDFUE), la misma es reiterada y precisada a lo largo de las disposiciones específicas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, siendo las más importantes las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales[365]. Entre la vasta jurisprudencia sobre esta cuestión, encontramos un particular ámbito donde la identidad nacional ha sido argüida, con muy poca fortuna, y es el correspondiente al acceso de no nacionales a la función pública. En particular, existen dos precedentes judiciales que abordaron esta problemática y, curiosamente, en ambos casos se accionó el mismo mecanismo judicial (recurso por incumplimiento) y contra el mismo Estado (Gran Ducado de Luxemburgo) como resultado de las

---

[362] A este respecto, presenta particular interés un estudio doctrinal que distingue entre *guidance cases* y *outcome cases* en atención al grado de deferencia manifestado en favor del órgano jurisdiccional remitente. *Vid*. TRIDIMAS, TAKIS, «Constitutional review of member state action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 9, vóls. 3-4, 2011.

[363] RAVASI, ELISA, *Human Rights Protection by the ECtHR and the ECJ. A Comparative Analysis in Light of the Equivalence Doctrine*, Brill Nijhoff, Leiden, 2017, p. 208.

[364] BARRERO ORTEGA, ABRAHAM, «Artículo 21», en LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 661.

[365] FAVILLI, CHIARA y GUARRIELLO, FAUSTA, «Articolo 21», en MASTROIANNI, ROBERTO, POLLICINO, ORESTE, ALLEGREZZA, SILVIA, PAPPALARDO, FABIO Y RAZZOLINI, ORSOLA (dirs.) *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milán, 2017, p. 422; PICOD, FABRICE, «Article II-81-§2», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, LEVADE, ANNE Y PICOD, FABRICE (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article, Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, París, 2005, p. 299.

restricciones impuestas en el ordenamiento nacional para impedir a no nacionales el acceso a determinados puestos de trabajo en la Administración Pública.

1.2.1. Comisión c. Luxemburgo

El asunto Comisión c. Luxemburgo tiene sus orígenes en la exigencia del requisito de la nacionalidad luxemburguesa para el acceso al puesto de funcionario público en diversas áreas profesionales (investigación, enseñanza, salud, transportes terrestres, correos, telecomunicaciones y servicios de distribución de agua, gas y electricidad) con evidente perjuicio para los trabajadores nacionales de los demás Estados miembros[366]. En estas circunstancias, la Comisión de las Comunidades Europeas planteó un recurso por incumplimiento contra el Gran Ducado de Luxemburgo a los efectos de que se declarase el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 48.4 del Tratado CEE y de los artículos 1 y 7 del Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.

Entre los argumentos jurídicos esgrimidos por el Estado demandado para defender el mantenimiento del requisito de la nacionalidad, se invocó la Constitución nacional con la intención de limitar el alcance de las disposiciones de Derecho comunitario. En concreto, se efectúo una remisión al artículo 11.2 de la Constitución de Luxemburgo de 1868 que reservaba a los nacionales el acceso a los empleos civiles y militares, salvo las excepciones que pudiera prever la ley[367]. De este modo, Luxemburgo no hacía otra cosa que plantear un conflicto tradicional en el espacio jurídico europeo por el que se pone en cuestión el ámbito de aplicación del principio de primacía y, en particular, que el mismo tenga una extensión tal que alcance incluso a las normas supremas de los ordenamientos nacionales. Como respuesta a este razonamiento, el Tribunal de Justicia recurrió a una asentada jurisprudencia, citando concretamente el clásico asunto Internationale Handelsgesellschaft, para rechazar de manera expeditiva la prevalencia del Derecho interno sobre el Derecho comunitario, impidiendo así los perjuicios que podrían producirse para la unidad y la eficacia del Derecho comunitario[368].

No obstante, el debate procesal se centró fundamentalmente en la interpretación del artículo 48.4 del Tratado CEE (en la actualidad -con una redacción casi idéntica-, artículo 45.4 TFUE) que, a juicio de Luxemburgo, debía interpretarse en el sentido de que la condición de nacional para el acceso a un empleo en la Administración Pública de un

[366] STJCE de 2 de julio de 1996, Comisión c. Luxemburgo, C-473-93.
[367] Artículo 11.2 Constitución de Luxemburgo: «Los luxemburgueses son iguales ante la ley y, únicamente ellos serán admitidos a los empleos civiles y militares, salvo las excepciones que puedan establecerse por una ley para casos particulares». Este apartado fue derogado parcialmente y no consta en la actualidad en ese texto jurídico ninguna mención relativa a la exigencia de la nacionalidad luxemburguesa para poder acceder a determinadas profesiones.
[368] *Ibid.*, apartado 38.

Estado miembro constituía una excepción a la libre circulación de trabajadores[369]. Esta exclusión de los nacionales de los restantes Estados miembros encuentra su razón de ser en que numerosos ámbitos de la función pública implican una participación del servidor público en el ejercicio de la soberanía del Estado[370]. O, en palabras del propio Tribunal europeo, la disposición controvertida «tiene en cuenta el interés legítimo de los Estados miembros en reservar a sus propios nacionales un conjunto de empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses nacionales»[371]. Ahora bien, se pueden advertir inmediatamente los riesgos que puede comportar para el normal funcionamiento del mercado interior que los Estados miembros puedan delimitar de manera unilateral y amplia la noción de Administración Pública[372]. Por ello, el Tribunal de Justicia había abogado con anterioridad y de manera reiterada en su jurisprudencia por considerar que el concepto de Administración Pública a efectos del artículo 48.4 Tratado CEE debía interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Comunidad, no pudiendo abandonarse su determinación a la discrecionalidad de los Estados y, además, exigía una interpretación estricta de dicha noción que impidiese una distorsión injustificada del mercado común[373]. En particular, el Tribunal de Justicia había interpretado que dicha excepción debía circunscribirse a aquellos empleos que implicasen una participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas[374].

---

[369] Artículo 48 Tratado CEE: «1. La libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del período transitorio.
2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.
3.Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:
a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;
b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.
4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública».

[370] MANGAS MARTÍN, ARACELI, «Artículo 21», en MANGAS MARTÍN, ARACELI (dir.), *Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 407.

[371] STJCE de 17 de diciembre de 1980, Comisión c. Bélgica, 149/79, apartado 19; STJCE de 22 de noviembre de 1995, Ioannis Vougioukas c. IKA, C-443/93, apartado 20.

[372] Conclusiones del AG P. Léger de 5 de marzo de 1996, Comisión c. Luxemburgo, 473/93, apartados 72-73: «Se reconocería así a cada Estado el derecho (…) a restringir el ámbito de aplicación de los principios fundamentales de libre circulación y de igualdad de trato de los trabajadores, formulados en el artículo 48 del Tratado. Estos principios fundamentales se ejercerían en condiciones muy distintas de un Estado miembro a otro, e incluso, dentro de un mismo Estado, de una época a otra, en función de la concepción que tuvieran los poderes públicos del alcance de sus intervenciones (…). Es fácil imaginar hasta qué punto resultaría afectada la libertad de circulación de los trabajadores. Basta recordar que, en cierto número de Estados miembros, varios millones de personas forman parte del sector público en sentido amplio».

[373] STJCE de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, apartados 4-6; STJCE de 17 de diciembre de 1980, Comisión c. Bélgica, 149/79, apartados 10-11.

[374] STJCE de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, apartado 54; STJCE de 3 de junio de 1986, Comisión c. Francia, 307/84, apartado 12.

Respecto del concreto asunto objeto de estudio en estos momentos, la Comisión estimó que todos los puestos de trabajo afectados por el disputado requisito de la nacionalidad se hallaban «demasiado lejos de las actividades específicas de la Administración Pública para que se les aplique con carácter general la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48»[375]. Por su parte, el Estado luxemburgués se opuso a este planteamiento avanzado por la institución europea por el que se procedía a una exclusión general por sectores profesionales y, en su lugar, propuso que se aplicara un examen puesto por puesto. En concreto, puso el foco de atención sobre el ámbito educativo en relación al cual esgrimió el argumento de la identidad nacional en los siguientes términos:

> «En el sector de la enseñanza, el Gobierno luxemburgués alega en particular que la nacionalidad luxemburguesa de los profesores es necesaria para asegurar la transmisión de los valores tradicionales y constituye, por tanto, habida cuenta de la superficie de dicho Estado y de su situación geográfica específica, un requisito esencial para la salvaguardia de la identidad nacional. Esta última no podría preservarse si la mayoría de los profesores fueran nacionales comunitarios no luxemburgueses»[376].

A este respecto, la Comisión contraargumentó que:

> «No pueden invalidar dicha afirmación consideraciones relativas a la necesidad de salvaguardar la identidad nacional en una situación demográfica tan específica como la del Gran Ducado de Luxemburgo. Aunque la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico comunitario (tal como reconoce, por otra parte, el apartado 1 del artículo F del Tratado de la Unión Europea), el interés invocado por Luxemburgo puede sin embargo defenderse eficazmente a través de medios distintos de la exclusión con carácter general de los nacionales de otros Estados miembros, y ello incluso en sectores especialmente sensibles, como lo es el de la enseñanza»[377].

De entrada, cabe destacar que esta es la primera sentencia dictada con posterioridad a que la obligación de respetar la identidad nacional fuera incorporada al Derecho originario tras la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992. De este modo, se trata de la primera ocasión en la que se hace una alusión directa a dicha cláusula, considerándose a la misma como un «objetivo legítimo» que puede justificar un obstáculo a una libertad fundamental del mercado común. Sin embargo, aun sin mencionarlo expresamente, se desprende claramente de la literalidad del pasaje apenas transcrito («el interés invocado por Luxemburgo puede sin embargo defenderse eficazmente a través de medios distintos de la exclusión con carácter general de los nacionales de otros Estados miembros») que la invocación de la identidad nacional debe estar sometida a un criterio de proporcionalidad, que no se cumple en la presente sentencia. Por ello, juzgó que la

[375] STJCE de 2 de julio de 1996, Comisión c. Luxemburgo, 473/93, apartado 29.
[376] *Ibid.*, apartado 32.
[377] *Ibid.*, apartado 35.

imposición del requisito de la nacionalidad para la totalidad de los puestos de trabajo en todas las áreas de la Administración Pública nacional a que se refiere el presente recurso sobrepasaban los límites de la excepción prevista en el artículo 48.4 Tratado CEE[378]. De nuevo, es criticable la excesiva parquedad de las explicaciones que conducen al Tribunal de Justicia a estimar el recurso en claro contraste con las conclusiones del abogado general. Así pues, si bien las mismas coincidieron con el sentido del posterior fallo, ofrecen un examen más detenido sobre el porqué de la desproporcionalidad del requisito de la nacionalidad en los términos recogidos en la legislación nacional para el concreto sector de la enseñanza[379].

1.2.2. Comisión c. Luxemburgo

Transcurridos quince años desde la sentencia que acabamos de analizar, llegó a conocimiento del Tribunal de Justicia un asunto muy similar por el que se enjuiciaba la responsabilidad de Luxemburgo por exigir de nuevo el requisito de la nacionalidad para poder acceder a una específica profesión en la Administración Pública de ese Estado miembro[380]. Concretamente, la Comisión interpuso un recurso de incumplimiento contra Luxemburgo para que se declarase que había incumplido los artículos 43 y 45 TCE (actualmente, artículos 49 y 51 TFUE) al haber limitado el acceso a la condición de notario exclusivamente a aquellos que ostentasen la nacionalidad de ese Estado europeo[381]. A resultas de la incorporación de una suerte de cláusula de nacionalidad en la legislación nacional, se acusaba a Luxemburgo de haber erigido un obstáculo para el acceso a la profesión notarial que pudiera ser constitutivo de una restricción injustificada a la libertad de establecimiento[382].

El Tribunal de Justicia procedió a examinar, en primer lugar, el alcance del concepto de ejercicio de poder público y, posteriormente, enjuició si las actividades desempeñadas por los notarios en el sistema jurídico luxemburgués podían entenderse incluidas en ese concepto. A los efectos de defender el estricto cumplimiento de los Tratados, el Gran Ducado de Luxemburgo, además de alegar que el ejercicio de dicha

---

[378] *Ibid.*, apartado 46.

[379] Conclusiones del AG P. Léger de 5 de marzo de 1996, Comisión c. Luxemburgo, 473/93, apartados 128-141.

[380] STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Luxemburgo, C-51/08.

[381] En rigor, aparte de la acción interpuesta contra el Gran Ducado de Luxemburgo, la Comisión planteó otros cinco recursos de incumplimiento por los mismos motivos contra otros Estados miembros: Bélgica, Francia, Austria, Alemania y Grecia. No obstante, tan sólo en el asunto luxemburgués se adujo la identidad nacional entre los argumentos para sostener la inexistencia de incumplimiento de los Tratados. En todos estos casos, así como en el iniciado contra Luxemburgo, el Tribunal de Justicia resolvió estimando las pretensiones de la Comisión y, por tanto, declarando el incumplimiento. *Vid*. STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Bélgica, C-47/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Francia, C-50/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Austria, C-53/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Alemania, C-54/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Grecia, C-61/08.

[382] La expresión «cláusula de nacionalidad» es un préstamo procedente de las conclusiones redactadas por el AG Cruz Villalón con motivo de este mismo asunto. *Vid*. Conclusiones del AG P. Cruz Villalón de 14 de septiembre de 2010, C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 y C-61/08, apartado 1.

profesión comportaba necesariamente el ejercicio de un poder público, esgrimió como último argumento y de manera subsidiaria que la imposición del requisito de la nacionalidad tenía por objeto «asegurar el respeto a la historia, la cultura, la tradición y la identidad nacional a que se refiere el artículo 6.3 TUE»[383].

Después de examinar una a una si las actividades que el ordenamiento nacional encomienda a los notarios están directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público, el Tribunal de Justicia concluyó que dichas actividades no tenían cabida dentro de la excepción a la libertad de establecimiento y que, en consecuencia, la exigencia de la nacionalidad impuesta por la legislación nacional constituía una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 43 TCE. Por lo que se refiere al argumento invocado por Luxemburgo sobre la obligación de respetar su identidad nacional, el Tribunal europeo dispuso que:

> «Aunque la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico de la Unión, como reconoce, por otra parte, el artículo 4 TUE, apartado 2, el interés invocado por el Gran Ducado puede sin embargo defenderse eficazmente a través de medios distintos de la exclusión con carácter general de los nacionales de otros Estados miembros»[384].

Este fragmento de la sentencia viene a evidenciar, una vez más, que la identidad nacional, en tanto que excepción invocable por los Estados miembros frente a actos o normas nacionales que afecten a las libertades fundamentales de la Unión, tiene un carácter no absoluto. Dicho de otro modo, en este tipo de conflictos el Tribunal de Luxemburgo siempre incorpora otros elementos de juicio para valorar si el acto o norma nacional en cuestión es conforme al Derecho de la Unión. Ese mismo razonamiento se aplicó en este asunto en el que la pretensión del Gran Ducado de Luxemburgo fue rechazada por el Tribunal de Justicia por considerar que existían otras medidas alternativas que permitirían alcanzar el mismo fin sin resultar tan gravosas para la libertad de establecimiento. A pesar de que no se revele explícitamente en el lenguaje de la sentencia, las palabras del Tribunal dejan entrever claramente que la desestimación de los intereses del Estado miembro se debe sencillamente a que tales criterios legislativos suponían una restricción desmesurada y, por tanto, no superaban el test de proporcionalidad.

Este nuevo pronunciamiento incorpora pocas novedades respecto de su precedente con el que guarda numerosas similitudes. Con todo, merecen subrayarse un par de consideraciones de interés que rodean a las circunstancian de este caso. Por un lado, en este asunto la libertad objeto de restricción no es la libre circulación de trabajadores, sino la la libertad de establecimiento. Por otro lado, y quizás más

---

[383] STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Luxemburgo, C-51/08, apartado 72 : «El Gran Ducado de Luxemburgo mantiene *subsidiariamente* que, al ser necesario el uso de la lengua luxemburguesa en el ejercicio de las actividades de notario, el requisito de nacionalidad en cuestión trata de asegurar el respeto de la historia, la cultura, la tradición y la identidad nacional luxemburguesas, en el sentido del artículo 6 UE, apartado 3». La cursiva es nuestra.

[384] *Ibid.*, apartado 124.

significativo, son los términos en que se articula esta excepción ante el Tribunal de Justicia por parte del Estado demandado.

En primer lugar, es interesante observar que, a pesar de iniciarse hasta seis procedimientos de infracción paralelos contra diversos Estados miembros por exactamente la misma motivación, tan solo sea este Estado centroeuropeo quien base su defensa procesal con fundamento en, entre otros motivos, la identidad nacional. En segundo lugar, debe subrayarse que la alusión a la misma es introducida como un argumento subsidiario sin que ni siquiera la parte interesada se preste a justificar en qué medida se produce la lesión de ese bien jurídico. En tercer lugar, no está de más destacar que la imposición del criterio de la nacionalidad para acceder a las funciones de notario son fruto de una ley ordinaria (artículo 15 de la Ley de organización del notariado), que no reviste ninguna dimensión constitucional. Es cierto que la Constitución luxemburguesa de 1868 contenía originariamente en su artículo 11 una de cláusula de nacionalidad para el ejercicio de determinados empleos civiles y militares, que fue posteriormente derogada. Es por ello que resultaba más sólido el argumento del Estado demandado en el contexto del anterior asunto Comisión c. Luxemburgo de 1996 cuando aún estaba vigente aquel precepto constitucional, si pierde peso esta defensa una vez eliminado del texto constitucional.

Todas estas circunstancias traslucen un uso interesado o abusivo de la cláusula del artículo 4.2 TUE que, por otra parte, no es infrecuente en el comportamiento de los Estados miembros, tal y como se desprende de la jurisprudencia al respecto. Para terminar, este argumento encuentra además el aval tanto de la doctrina como del mismo Abogado General, que, en ningún momento, tomó en consideración estas concretas alegaciones sobre la identidad nacional para incorporarla como elemento de ponderación en el test de proporcionalidad[385]. Tan solo aparece transcrita la idea en las conclusiones como un mero reflejo de las observaciones de los representantes del Gran Ducado de Luxemburgo sin que se atribuya relevancia a la misma para la resolución del caso[386].

En síntesis, estas dos sentencias judiciales dictadas contra el Estado luxemburgués en respuesta, entre otras alegaciones, a la identidad nacional se suman a una jurisprudencia consolidada que sostiene fundamentalmente que la imposición de un requisito de nacionalidad para el acceso a determinados empleos en la Administración Pública «solo encuentra un bastión, de momento inexpugnable, en la función pública ligada a ámbitos de soberanía»[387]. Por consiguiente, no se puede descartar que, en línea con la jurisprudencia citada, existan determinados empleos que por su relación con el ejercicio del poder público y, muy especialmente, por salvaguardar intereses nacionales especialmente sensibles esté justificado imponer tal requisito. Ahora bien, los empleos

[385] BESSELINK, LEONARD, «Respecting Constitutional Identity in the EU. Case Note to Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010», *op.cit.*, p. 687.
[386] Conclusiones de 14 de septiembre de 2010, C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 y C-61/08, apartado 141.
[387] MANGAS MARTÍN, ARACELI, «Artículo 21», *op.cit.*, p. 408.

que han suscitado la atención de la jurisdicción europea no se encuentran entre tales casos por no estar presente ese estrecho vínculo con la soberanía nacional y, en consecuencia, se ha juzgado en ambos casos que no superaban el criterio de proporcionalidad requerido por la jurisprudencia.

1.3. Organización territorial del Estado

En el estado actual del Derecho de la Unión son muy pocas las áreas del Derecho nacional que están exentas de una marcada influencia por parte del Derecho surpranacional. Entre aquellas sobre las que su impacto ha sido más apreciable se encuentra precisamente el Derecho Público, no siendo el concreto ámbito de la organización territorial del Estado una excepción a este respecto. Con todo, se ha afirmado que la aproximación tradicional de la Unión sobre esta parcela jurídica ha sido de neutralidad o, mejor dicho, de «intervención mínima»[388]. Esta línea de principio resultó significativamente reforzada como consecuencia de la nueva formulación de la cláusula de identidad nacional que, como bien sabemos, se caracterizó por una mayor elaboración y precisión en claro contraste con la indiscutible concisión de las previsiones que la precedieron. En concreto, su ámbito de aplicación resultó ampliado para abarcar igualmente a la autonomía local y regional[389]. A este respecto, la jurisprudencia europea ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la aplicación de dicha cláusula con respecto a esta específica esfera.

1.3.1. UGT-Rioja

El primer precedente en el que se puso en conexión la identidad nacional y la organización territorial del Estado puede encontrarse en unas conclusiones de la AG Kokott en el asunto UGT-Rioja[390], si bien tales reflexiones no tuvieron eco en la posterior

---

[388] PÉREZ TREMPS, PABLO y VIOLINI, LORENZA, «La Constitución europea y la organización territorial de los Estados miembros», *op.cit.*, p. 509.

[389] Destacando la organización territorial del Estado como una de las esferas sobre las que se extiende el alcance de la autodeterminación soberana de los Estado miembros al amparo de la cláusula de identidad nacional, *vid.* ROSAS, ALLAN y ARMATI, LORNA, *EU Constitutional Law: an introduction*, Hart, Oxford, 2010, p. 108.

[390] Conclusiones de la AG J. Kokott de 8 de mayo de 2008, UGT-Rioja, asuntos acumulados C-428/06, C-429/06, C-430/06, C-431/06, C-432/06, C-433/06 y C-434/06. En puridad, existe una referencia jurisprudencial previa en la que puede advertirse igualmente esta vinculación entre identidad nacional y autonomía territorial. No obstante, lo cierto es que la misma únicamente fue puesta de relieve por el Estado demandado sin que dicho razonamiento fuese acogido ni por el Abogado general ni por el Tribunal de Justicia; es más, ni siquiera dedican una breve reflexión para rechazar este argumento. Aun así, supone un primer antecedente por el que se sostiene la obligación de la Unión de «tomar en consideración las estructuras constitucionales, en particular, federales, de los Estados miembros» con fundamento en la cláusula de identidad nacional. *Vid.* STJCE de 4 de marzo de 2004, Alemania c. Comisión, C-344/01, apartado 77.

sentencia a la que informaban[391]. Este contencioso enjuiciaba la potestad tributaria de las Diputaciones forales del País Vasco para establecer un tipo del impuesto de sociedades más bajo (32,5%) que el estatal (35%) y, más concretamente, si tal regulación autonómica pudiera ser constitutiva de una ayuda de Estado ilegal en el sentido de los artículos 87 CE y 88 CE (actualmente, artículos 107 a 109 TFUE).

Para que una ayuda estatal sea considerada ilegal es necesario, de acuerdo con una jurisprudencia reiterada, apreciar en la misma un carácter selectivo[392], es decir, que se trate de medidas fiscales que favorezcan a «determinadas empresas o producciones» en detrimento de otras[393]. En otras palabras, se debe llevar a cabo un juicio comparativo y, por tanto, debe existir un elemento o marco de referencia con respecto al cual contrastar medidas potencialmente irregulares. En sustancia, todo dependerá de cuál sea dicho marco, de tal modo que, si el mismo es el territorio del Estado, no cabe más que declarar la selectividad de un acto o norma cuando en virtud de los mismos ciertas regiones sean destinatarias de un trato más favorable que en el resto del Estado. Por el contrario, si el mencionado contexto de referencia no coincide con el espacio estatal y todas las empresas radicadas en una determinada área geográfica reciben un mismo trato fiscal, no será posible constatar ese elemento de la selectividad. Esta es precisamente la novedad introducida por la conocida doctrina Azores[394], que reconoció la posibilidad de que el ámbito de referencia no tuviera necesariamente que coincidir con el territorio estatal, sino que pudieran serlo entidades territoriales de un Estado descentralizado siempre que cumplan con los siguientes requisitos: autonomía institucional, autonomía en materia de procedimiento y autonomía económica[395].

Retomando las conclusiones de la AG Kokott en el asunto UGT-Rioja, sus deliberaciones se centraron sustancialmente en aplicar la doctrina Azores, dictada un par de años antes, al concreto caso sometido a su consideración, si bien la diferencia más relevante fue la de enriquecer dicho fallo mediante la indicación del sometimiento de la Unión a la obligación de respetar la identidad nacional de los Estados miembros. En efecto, con carácter previo a aplicar aquella línea jurisprudencial, declaró que la cláusula de identidad nacional

[391] STJCE de 11 de septiembre de 2008, UGT-Rioja, asuntos acumulados C-428/06, C-429/06, C-430/06, C-431/06, C-432/06, C-433/06 y C-434/06. *Vid*. URREA CORRES, MARIOLA, «La autonomía fiscal del País Vasco a examen por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: comentario a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008, UGT La Rioja y otros c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya y otros», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 17, 2008.

[392] Respecto del requisito de selectividad, *vid*. STJCE de 15 de diciembre de 2005, Italia c. Comisión, C-66/02, apartado 94. *Vid*. NICOLAIDES, PHEDON, «New Limits to the Concept of Selectivity: The Birth of a "General Exception" to the Prohibition of State Aid in EU Competition Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 6, vol. 6, 2015.

[393] *Vid*. LÓPEZ PIERNAS, JUAN J., *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

[394] STJCE de 6 de septiembre de 2006, Portugal c. Comisión (más conocido como asunto Azores), C-88/03.

[395] *Vid*. Conclusiones del AG L.A. Geelhoed de 20 de octubre de 2005, Azores, C-88/03, apartado 54; STJCE de 6 de septiembre de 2006, Azores, C-88/03, apartado 67.

> «implica que la Unión no afecta al ordenamiento constitucional de un Estado miembro, sea centralizado o federal, y, en principio, tampoco influye en el reparto de competencias dentro de un Estado miembro. La nueva redacción que el Tratado de Lisboa ha dado a esta disposición hace hincapié expresamente en el respeto de las estructuras constitucionales de los Estados miembros por parte de la Unión»[396].

Dicho esto, recordaba seguidamente la clásica jurisprudencia que impide a un Estado miembro invocar normas, prácticas o situaciones jurídicas internas, incluso de dimensión constitucional, para justificar el incumplimiento de obligaciones derivadas del entonces Derecho comunitario. Ahora bien, con mención a la solución de compromiso propuesta en el asunto Azores, proponía un equilibrio entre dos intereses contrapuestos. En este sentido, las conclusiones generales dispusieron que:

> «Por una parte, [el Tribunal de Justicia] respeta la autonomía que la Constitución del correspondiente Estado miembro conceda a sus entidades territoriales. En efecto, si el mero hecho de que el ámbito de aplicación territorial de una medida tributaria infraestatal sea limitado permitiera afirmar el carácter selectivo de una medida, la autonomía que concede a la entidad territorial la Constitución nacional quedaría gravemente en entredicho (…).
>
> Por otra parte, al exigir que el legislador territorial sea autónomo, se garantiza que los Estados miembros no se atrincheren en su ordenamiento constitucional y puedan eludir la prohibición de ayudas impuesta por el artículo 87 CE transfiriendo competencias legislativas de manera meramente formal»[397].

Este último apartado de las conclusiones pone de relieve la exigencia de una necesaria medida de control que va a permitir verificar que no se ha configurado una distribución territorial del poder -tal y como afirma la AG Kokott- «meramente formal», que permita al Estado eludir su condición de responsable único de imputación de responsabilidad frente a la Unión. Concretamente, se delega en favor del órgano jurisdiccional remitente la labor de comprobar si las medidas tributarias adoptadas por las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya son la expresión de una auténtica autonomía territorial con arreglo a los tres criterios sentados por la jurisprudencia.

A partir de estas conclusiones, han existido otros pronunciamientos que han avalado la utilización de la identidad como una categoría apta para «proteger el ejercicio efectivo de las competencias constitucionalmente garantizadas en favor de un ente territorial»[398]. Con el paso del tiempo, se ha ido perfilando e incluso ampliando el contenido protegido por la identidad nacional relativa a la autonomía territorial. Así, en la sentencia Remondis se precisó que esta categoría jurídica, además de proteger la organización territorial del Estado, ya sea centralizado o descentralizado, y el reparto de

---

[396] Conclusiones de la AG J. Kokott de 8 de mayo de 2008, UGT-Rioja, asuntos acumulados C-428/06, C-429/06, C-430/06, C-431/06, C-432/06, C-433/06 y C-434/06, apartado 54.
[397] *Ibid.*, apartados 56-57.
[398] AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *op.cit.*, p. 427.

competencias en el interior de un Estado miembro en los términos expresados en la asunto UGT-Rioja, acoge igualmente la reorganización de competencias[399]. Concretamente, en aquella decisión dicha redistribución competencial se produjo como consecuencia de un acuerdo entre dos entidades territoriales (Región de Hannover y ciudad de Hannover) en virtud del cual estas adoptaron un estatuto por el que crearon un consorcio de entidades para la recogida y tratamiento de residuos, atribuyendo a dicho consorcio determinadas competencias que tales entes gozaban hasta entonces. Por terminar con esta ampliación conceptual, corresponde mencionar las conclusiones del AG Bobek en los fallos Comisión c. Paises Bajos y Comisión c. Reino Unido en los que se extiende la noción de identidad nacional también a la «asignación constitucional de competencias y responsabilidades entre los PTU -Países y Territorios de Ultramar- y los Estados miembros»[400].

1.3.2. Digibet

Este asunto tiene sus orígenes en una resolución judicial emanada de un Tribunal alemán (*Landgericht Köln*) por la que se prohibía a una sociedad mercantil con domicilio social en Gibraltar (Digibet) la prestación de servicios de juegos de azar por internet a personas ubicadas en Alemania[401]. Desde el punto de vista del ordenamiento interno, la Ley Fundamental de Bonn en sus artículos 70 y 72 reconoce que la legislación en materia de juegos de azar es competencia de los Estados federados. De conformidad con tales previsiones constitucionales, todos los *Länder* alemanes habían establecido normas comunes por la que prohibían este tipo de juegos, con la salvedad del caso de Schleswig-Holstein. Este Estado federado representaba una clara excepción al haber aprobado una legislación más permisiva de carácter marcadamente liberal, si bien la misma apenas estuvo en vigor durante un breve período de tiempo de trece meses. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo Federal de Alemania (*Bundesgerichtshof*) planteó una cuestión prejudicial por la que se elevó la duda de si la prohibición emitida contra la empresa Digibet para impedir que desarrollase sus actividades de organización e intermediación de juegos de azar en el territorio alemán podía atentar contra la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE).

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, una normativa restrictiva de los juegos de azar debe someterse a un control de coherencia a los efectos de determinar si afectan a la aptitud de esa normativa para alcanzar los objetivos legítimos de interés general que persigue[402]. En este concreto caso, se presentaba el interrogante de si el régimen jurídico diferenciado de un *Land* con respecto a los restantes podría dar

[399] STJUE de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, apartados 40-41.
[400] Conclusiones del AG M. Bobek de 6 de febrero de 2019, Comisión c. Países Bajos, C-395/17, apartado 63; Conclusiones del AG M. Bobek de 6 de febrero de 2019, Comisión c. Reino Unido, C-391/17, apartado 96.
[401] STJUE de 12 de junio de 2014, Digibet, C-156/13.
[402] *Vid*. STJUE de 8 de septiembre de 2010, Carmen Media Group, C-46/08, apartados 106 y siguientes.

lugar a la inaplicabilidad de las restricciones a la comercialización y publicidad de juegos de azar por internet en los demás *Länder* por vulneración del Derecho de la Unión[403].

En un primer momento, el Tribunal europeo constató el carácter restrictivo a la libre prestación de servicios de una normativa común en la mayoría de los *Länder* por la que prohíbe la publicidad, la organización y la intermediación de juegos de azar[404]. Continuó su razonamiento indicando que una restricción de tales características podía admitirse con fundamento en alguna de las tres siguientes causas: orden público, razones imperiosas de interés general e identidad nacional. En este punto, recordó el Tribunal de Justicia una jurisprudencia asentada que ha afirmado que la restricción a las actividades de los juegos de azar pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general[405]. Más concretamente, subrayó que la normativa en esta materia presentaba considerables divergencias morales, religiosas y culturales entre los Estados miembros y, en consecuencia, se reconocía a los mismos un significativo margen de apreciación para proteger los intereses afectados conforme a su propia escala de valores[406]. A continuación, tomó en consideración la incidencia de este asunto sobre la identidad nacional alemana, que se identificó en este caso con el reparto de competencias entre la Federación y los *Länder*[407].

Para terminar, aun reconociendo la Corte de Luxemburgo que la existencia de una normativa en un *Land* más permisiva que la aplicable en los restantes perjudica a la coherencia del conjunto normativo en ese Estado miembro, la limitada aplicación espacial -un solo *Land*- y temporal -apenas trece meses- de esta regulación no ponían en cuestión suficientemente los requisitos de coherencia y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia y, en consecuencia, no se podía exigir una regulación homogénea que obligase a quince Estados federados a adoptar el nivel de protección de los consumidores vigente únicamente en Schleswig-Holstein. Se puso fin a la sentencia remitiendo el asunto de nuevo al Tribunal Supremo Federal, que sería a quien le correspondería apreciar el criterio de la proporcionalidad de la restricción a la luz de los criterios sentados por el Tribunal supranacional en esta resolución judicial.

1.3.3. Adala Bero

Sin entrar en detalle en las circunstancias fácticas de esta sentencia, baste decir que en la misma se examinaba si un nacional de un tercer Estado en espera de ser expulsado puede ser internado en un centro penitenciario debido a que en el *Land* de ejecución de esa medida no existen centros especializados[408]. Por lo que aquí nos interesa,

[403] STJUE de 12 de junio de 2014, Digibet, C-156/13, apartado 15.
[404] *Ibid.*, apartado 21.
[405] *Ibid.*, apartado 23.
[406] *Ibid.*, apartado 24.
[407] *Ibid.*, apartado 34.
[408] Conclusiones del AG Y. Bot de 30 de abril de 2014, Adala Bero, asuntos acumulados C-473/13, C-514/13 y C-474/13.

conviene destacar que el Gobierno alemán justificó el internamiento de nacionales de terceros Estados en centros penitenciaros con fundamento en la identidad nacional. En sustancia, defendía que los *Länder* ostentaban las competencias en esta materia y, en consecuencia, tenían la potestad para decidir si establecían centro de internamientos especializados en su propio territorio, establecían acuerdos con otros Estados federados con contaran con esas instalaciones o, incluso, custodiar a los inmigrantes en establecimientos penitenciarios[409].

Por su parte, el Abogado general inició sus razonamientos recordando el argumento clásico de que los Estados miembros no pueden alegar disposiciones o prácticas de su ordenamiento nacional, ni siquiera de rango constitucional, para eludir las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión. Señala que el cumplimiento de la Directiva 2008/115/CE relativa al retorno de nacionales de terceros países en situación irregulares no menoscaba la estructura federal alemana por cuanto disponen de diversas alternativas que permiten cumplir con aquella normativa europea y que, al mismo tiempo, es respetuosa con el diseño territorial interno de los Estados, como puede ser la posibilidad de cooperación entre diferentes *Länder*[410]. De este modo, esta sentencia se antoja como un ejemplo claro de que los derechos fundamentales pueden modular la eficacia de la identidad nacional, actuando como una suerte de límite externo a la misma[411].

En suma, la organización territorial del Estado ocupa un lugar destacado en la jurisprudencia relativa a la identidad nacional. Gracias a su contribución, una temprana interpretación que nos conducía a considerar a la misma como uno de esos elementos esenciales de la estructura constitucional ha sido afirmada repetidamente e, incluso, con un significativo grado de precisión. En este sentido, la Unión no solo respetará la organización territorial del Estado, sea centralizada o descentralizada, sino que su obligación de no interferencia se proyecta igualmente sobre el reparto de competencias en el interior de un Estado (Digibet), así como sobre futuras reorganizaciones competenciales (Remondis). El debido equilibrio entre el respeto a la estructura territorial interna y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión ambos principios fijado ha variado en la jurisprudencia supranacional según las concretas circunstancias del litigio. Así, existe una asentada línea jurisprudencial en el ámbito tributario en el marco de la doctrina Azores en virtud de la cual será suficiente con acreditar la existencia de una autonomía real y efectiva para rechazar la ilegalidad de una ayuda de Estado (UGT-Rioja). En otra serie de casos, ha impuesto una obligación de coordinación, tanto en sentido vertical como horizontal[412], en el ejercicio de las

---

[409] *Ibid.*, apartado 122.
[410] *Ibid.*, apartados 150-151.
[411] AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *op.cit.*, p. 431.
[412] Respecto de la obligación de cooperación en un sentido vertical o, dicho de otro modo, entre el Estado y las entidades subestatales, *vid*. STJUE de 8 de septiembre de 2010, asunto Carmen Media Group, C-46/08, apartados 69-70. En cambio, imponiendo una cooperación de carácter horizontal o, expresado en

competencias atribuidas a las entidades subestatales (Adala Bero y Regio Post[413]). De todos modos, la solución arbitrada en todos estos casos obedece a una misma lógica de evitar que el Estado pueda esgrimir el reparto competencial en el interior del Estado como una manifestación de la identidad nacional que le permita excusar cualquier incumplimiento del Derecho supranacional. En particular, este razonamiento se deja sentir de manera especialmente nítida en aquellos casos en que se pretende justificar, con base en el reparto competencial de un Estado miembro, un incumplimiento de los derechos fundamentales, actuando estos últimos por tanto como un límite claro a la aplicación de la cláusula de identidad nacional[414].

1.4. Identidad personal

Un último ámbito en el que ha intervenido la jurisprudencia supranacional sobre la identidad nacional es el relativo a la elección de los apellidos propios y de los hijos que, en diversas ocasiones, ha entrado en tensión con los ordenamientos nacionales. Tales normativas nacionales han tratado de dificultar cambios en la identificación personal de los ciudadanos europeos basándose en diferentes motivaciones, como son la defensa del principio de igualdad y la protección de la lengua nacional, que han sido conectadas con el argumento de la identidad nacional. Entre este grupo de fallos, el asunto Sayn-Wittgenstein ha centrado la atención de la doctrina especializada por dos circunstancias principales: por ser la primera sentencia pronunciada en esta materia con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa -momento a partir del cual la academia reconoce mayoritariamente la plena justiciablidad de la cláusula de identidad nacional- y por ofrecer unas pautas judiciales para dar solución a este tipo de litigios, que comenzaron a partir de entonces a emerger con mayor asiduidad.

Con carácter previo al análisis de la mencionada decisión, es preciso introducir de manera sucinta la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el reconocimiento del nombre en el espacio jurídico europeo. Un primer hito judicial aparece representado por el asunto García Avello[415], que versaba sobre la negativa de las autoridades belgas a reconocer a dos niños con doble nacionalidad hispano-belga una modificación de sus apellidos. En particular, el conflicto derivaba del contraste entre esa decisión con la tradición normativa española que atribuye a cada ciudadano dos apellidos como resultado de la conjunción del primero paterno y el primero materno. Cabe destacar que fue a partir esta sentencia que se reconoció a todos los ciudadanos europeos los derechos que derivan de ese estatuto jurídico sin necesidad de justificar el efectivo

---

otros términos, entre territorios autónomos integrados en un Estado político compuesto, *vid*. STJUE de 12 de junio de 2014, Digibet, C-156/13, apartado 35.

[413] Conclusiones del AG P. Mengozzi de 9 de septiembre de 2015, Regio Post, C-115/14, apartado 83.

[414] AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *op.cit.*, p. 431.

[415] STJCE de 2 de octubre de 2003, Garcia Avello, C-148/02.

ejercicio de las libertades fundamentales[416], superando así la anterior jurisprudencia fijada en la decisión Konstantinidis[417]. En todo caso, es preciso establecer un elemento de conexión con el Derecho de la Unión; en caso contrario, nos encontramos ante situaciones puramente internas, que se sitúan fuera del alcance del ordenamiento supranacional[418].

Asimismo, el Abogado General Jacobs en ese mismo caso sostuvo que la elección del nombre y apellidos ostentaba el rango de derecho fundamental, sumándose así a la posición avanzada una década antes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[419], y que no tuvo acogida en el seno del Tribunal de Justicia hasta el dictado de la sentencia Sayn-Wittgenstein[420]. En tales conclusiones se adelantó que pueden estar justificadas determinadas restricciones legales a los cambios de apellidos, pero no entró en detalles sobre los posibles motivos[421]. En este punto, presentan un indudable interés las conclusiones generales al asunto Grunkin-Paul en las que se esbozaron argumentos que cobrarían gran relevancia más adelante. Así, el gobierno de Letonia se posicionó en favor de que los Estados pudieran impedir cambios en la identidad personal de sus nacionales obtenida con arreglo a la normativa de otro Estado miembro «si dichos apellidos son incompatibles con la estructura de su idioma nacional, una parte fundamental de su herencia nacional», introduciéndose así de manera velada la excepción de la identidad nacional[422].

1.4.1. Sayn-Wittgenstein

Los antecedentes jurídicos que dan pie a este conflicto se sitúan en una decisión del Jefe de Gobierno del *Land* de Viena (*Landeshauptmann von Wien*) por el que se procedió a rectificar en el registro civil la inscripción del apellido de una nacional austriaca que, a raíz de un proceso de adopción por un aristócrata alemán, había adquirido un apellido que revelaba una ascendencia nobiliaria[423]. En concreto, la autoridad nacional

---

[416] *Ibid.*, apartados 25-28. *Vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTTJCE, K.B. y García Avello)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, 2004.

[417] STJCE de 30 de marzo de 1993, Konstantinidis, C-168/91.

[418] STJCE de 2 de octubre de 2003, Garcia Avello, C-148/02, apartados 26-27.

[419] STEDH de 22 de febrero de 1994, Burghartz, 16213/90, apartado 24; STEDH de 25 de noviembre de 1994, Stjerna, 18131/91, apartado 37.

[420] Conclusiones del AG F.G. Jacobs de 22 de mayo de 2003, García Avello, C-148/02, apartado 27; STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, apartado 52.

[421] *Ibid.*, apartado 66.

[422] Conclusiones de la AG E. Sharpston de 24 de abril de 2008, Grunkin-Paul, C-353/2006, apartado 84.

[423] Para un estudio general de esta sentencia, *vid.* BESSELINK, LEONARD, «Respecting Constitutional Identity in the EU. Case Note to Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010», *op.cit.*; SALVATORE, ENZO DI, «Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro», *Quaderni costituzionale*, núm. 31, vol. 2, 2011, pp. 435-437; FARAGUNA, PIETRO, «Il caso Sayn-Wittgenstein: la Corte di giustizia traccia un modello de "controlimiti europeizzati"?», *Quaderni costituzionali*, vol. 2, 2011, pp. 437-440; TERUEL LOZANO, GERMAN M., «Identidad personal y reconocimiento del "nombre"en el espacio europeo: hacia la construcción de un estatuto personal como ciudadanos europeos», *op.cit.*

competente modificó el nombre familiar inicialmente registrado -Fürstin von Sayn-Wittgentein- para eliminar toda reminiscencia nobiliaria, de modo que la denominación personal resultante pasó a ser, como consecuencia de la supresión de las partículas «*Fürstin von*» que significan «princesa de», sencillamente Sayn-Wittgenstein.

La recurrente se opuso a esta decisión alegando que la misma podía comportar una restricción no justificada a la libre circulación de personas (artículo 21 TFUE) y a la libre prestación de servicios en el espacio europeo (artículo 56 TFUE) en atención a las dificultades que podía suponer para su identificación personal y para el desempeño ordinario de su oficio, relativo a labores de intermediación para la compraventa de bienes inmuebles en diferentes Estados miembros. Estos inconvenientes aparecen motivados por el hecho de que la recurrente había obtenido una resolución judicial firme en Alemania por la que se reconocía su adopción bajo el apellido de Fürstin von Sayn-Wittgenstein y, a partir de dicho acto jurídico, el registro civil austriaco la inscribió por error con ese nombre. Desde el momento de su inscripción hasta la rectificación de la misma de oficio transcurrieron quince años durante los cuales la demandante intervino en el tráfico jurídico identificándose como tal. Así, entre otras circunstancias, esto dio lugar a que le fuera expedido un pasaporte por las autoridades consulares austriacas en Alemania o apareciera inscrita una sociedad mercantil bajo el nombre inicialmente registrado previo a su modificación.

El razonamiento seguido por parte del Tribunal de Justicia se estructuró en dos pasos. En un primer momento, se ocupó de examinar si las circunstancias de hecho esgrimidas por la demandante eran constitutivas de una restricción a la libre circulación de personas y, una vez confirmado este extremo, analizó si esas limitaciones eran conformes al Derecho de la Unión. A este respecto, el interés principal de esta sentencia aparece representado por las alegaciones del Gobierno de Austria para justificar tales obstáculos a la libre circulación. El representante del Ejecutivo austriaco hizo particular hincapié en que el fundamento jurídico de la decisión de modificar la inscripción del registro se encontraba en la Ley de abolición de la nobleza de 1919, de rango constitucional, y que la misma tiene por objeto garantizar la identidad nacional[424]. Continúa afirmando que dicha normativa constituye una aplicación del principio más general de igualdad de todos los ciudadanos nacionales y subraya la idea de que la eliminación de todo signo distintivo de esa condición obedece al compromiso de respetar la historia y los valores fundamentales de la República de Austria[425]. Por todo ello, a su juicio, es posible justificar una restricción de las libertades fundamentales de la Unión.

De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, el Tribunal europeo observó que un obstáculo a la libre circulación de personas sólo podría admitirse en caso de que estuviese basado en consideraciones objetivas y fuese proporcional al objetivo legítimamente

[424] STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, apartado 74.
[425] *Ibid.*, apartados 74 y 75.

perseguido[426]. En particular, señaló que la justificación argüida por el Gobierno de Austria debía interpretarse como una invocación del orden público, que es una de las justificaciones expresamente prevista en los Tratados[427]. Dicho esto, recordó que:

> «De conformidad con el artículo 4 TFUE, apartado 2, la Unión respeta la identidad nacional de sus Estados miembros, de la que forma parte también la forma republicana del Estado»[428].

Con base en esta consideración, estimó que el acto controvertido superaba el test de proporcionalidad o, lo que es lo mismo, que dicha medida era necesaria para la protección de los intereses que pretendía garantizar y no se excedía de lo estrictamente necesario. Consecuentemente, admitió que las señaladas restricciones a la libertad de circulación impuestas por las autoridades nacionales estaban justificadas con arreglo al Derecho de la Unión. En estas circunstancias, se aprecia una sustancial convergencia entre el dictado de la presente sentencia y las breves conclusiones de la AG Sharpston, que coincidió con aquella al concluir que la rectificación registral de los apellidos en el registro civil perseguía un fin legítimo y era proporcionada y, todo ello, como resultado igualmente de la aplicación del test de proporcionalidad[429]. Si acaso, llama la atención toda omisión expresa a la identidad nacional y a la cláusula del artículo 4.2 TUE, prefiriendo apoyarse en otros términos («principio constitucional», «norma constitucional fundamental» y «norma de rango constitucional basada en consideraciones fundamentales de orden público») que revelan, en todo caso, un apoyo en ese mismo fundamento jurídico.

Esta jurisprudencia post-Lisboa puede interpretarse como una clara confirmación de las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento por someterse a los mismos parámetros previamente instaurados. Se hace un reconocimiento expreso del deber de la Unión de respetar la identidad nacional conforme a la nueva cláusula consagrada en el reciente artículo 4.2 TUE y se identifica la forma de gobierno, en este caso republicana, como una de las circunstancias protegidas por esa norma. En este caso, la alusión a la identidad nacional es determinante a la hora de aceptar una posible limitación a la aplicación del Derecho de la Unión, aunque la misma no se eleva a la categoría de una excepción autónoma, sino que sirve para interpretar la excepción convencional de orden público.

Una vez más, el Tribunal de Justicia reconduce el conflicto a un clásico equilibrio entre la promoción de libertades fundamentales de la Unión y la admisión de causas justificadoras de su restricción, y, de este modo, consigue reducir sus posibles

---

[426] *Vid.*, las cuales son citadas por la propia sentencia en su apartado 81, STJCE de 18 de julio de 2006, De Cuyper, C-406/04, apartado 40; STJCE de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz, C-76/05, apartado 94; STJCE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, Grunkin-Paul, apartado 29.
[427] STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, apartado 84.
[428] *Ibid.*, apartado 92. Obsérvese el error del Tribunal que, en lugar de referirse al artículo 4.2 TUE en el que se contiene la cláusula de identidad nacional, hace mención al artículo 4.2 TFUE concerniente al régimen de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros.
[429] Conclusiones de la AG E. Sharpston de 14 de octubre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09.

repercusiones sistémicas al mínimo. Esta es una estrategia procesal que no es ajena a la praxis del Tribunal supranacional y, en particular, ha encontrado especial resonancia, como hemos tenido ocasión de constatar en el análisis jurisprudencial que estamos llevando a cabo en este apartado, en diversos asuntos concernientes a la identidad nacional. Este técnica ha sido advertida por la doctrina que la ha calificado en términos muy descriptivos como una «traducción» de un conflicto en el sentido de reformular una problemática para expresarla en términos de Derecho de la Unión y, por ende, alejándola de un léxico más propio del Derecho Constitucional[430].

Respecto del concreto método de resolución del litigio, aun siendo cierto que se recurre de nuevo al consabido test de proporcionalidad para abordar una controversia de estas características, no es menos importante el particular modo de aplicarlo en este caso. De este modo, la justificación por parte de la Corte de Luxemburgo para valorar la legalidad de la medida consistente en la rectificación del apellido de la recurrente se basa únicamente, y razonado de manera muy escueta, en el siguiente argumento: la ley de abolición de la nobleza ostenta rango constitucional y la misma es expresiva de la identidad nacional austriaca. Expresado en otros términos, no se incorporan ulteriores consideraciones que puedan contribuir a apreciar el carácter proporcionado o desproporcionado de la decisión y, en consecuencia, se ha valorado que se lleva a cabo la aplicación más superficial posible del test de proporcionalidad[431]. Y, todo ello, a pesar de la existencia de una asentada jurisprudencia supranacional, recordada igualmente en el asunto Sayn-Wittgenstein, que impone que la excepción de orden público debe interpretarse en sentido estricto por tratarse de una justificación a una restricción a una libertad fundamental. Reconoce el Tribunal de Justicia que este concepto de orden público puede variar de un Estado a otro, de una época a otra y exige atender a las circunstancias específicas del caso para que se conceda a las autoridades nacionales un «margen de apreciación»[432]. En todo caso, y este no es un apunte menor, la clave de la resolución estará en el juicio de necesidad y proporcionalidad en manos directamente del Tribunal de Justicia o -tal y como fue sugerido por la Abogada General, aunque no fue atendido por el Tribunal europeo- en la orientación general que aquel marque a los jueces nacionales[433].

Así las cosas, y a diferencia de lo que sostiene una parte de la doctrina, la identidad nacional no juega realmente un papel subsidiario en la resolución de esta contienda judicial[434]; por el contrario, su alegación resulta fundamental para valorar la

---

[430] BESSELINK, LEONARD, «Respecting Constitutional Identity in the EU. Case Note to Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010», *op.cit.*, pp. 679-680; VAN DE HEYNING, CATHERINE, «The European Perspective: From Lingua Franca to A Common Language», *op.cit.*, pp. 193-198.
[431] *Ibid.*, p. 692.
[432] STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, apartado 87.
[433] TERUEL LOZANO, GERMAN M., «Identidad personal y reconocimiento del "nombre" en el espacio europeo: hacia la construcción de un estatuto personal como ciudadanos europeos», *op.cit.*, p. 258.
[434] VON BODGANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1424.

proporcionalidad de la medida controvertida. Debe significarse además la particular deferencia mostrada por parte del Tribunal de Justicia a la hora de estimar si estaba o no en juego en este caso esa categoría jurídica. Para ello, se apoya en las apreciaciones manifestadas por el Gobierno austriaco y por el Tribunal nacional de remisión, así como por la jurisprudencia constitucional[435]. Esta lectura de la sentencia Sayn-Wittgenstein es significativamente más considerada con el papel que estimamos que merece la cláusula de identidad más allá de un mero argumento adicional para enjuiciar una contraposición de intereses. En caso de otorgársele este rol secundario, se reduciría la misma, en palabras de Besselink, a una cláusula redundante con escaso significado y que, en definitiva, vendría a minimizar su valor jurídico[436].

A mayor abundamiento, la centralidad de la identidad nacional en este tipo de conflictos se aprecia en este caso por el hecho de que la posición del Tribunal de Justicia se separa de otros precedentes judiciales en relación al reconocimiento del nombre en el espacio europeo, como son, entre los más significativos, los asuntos Konstantinidis, García Avello y Grunkin-Paul. Concretamente, y a diferencia de las decisiones citadas en las que se declaran que las limitaciones a las libertades del mercado interior carecen de justificación, es partir del asunto Sayn-Wittgenstein que el Tribunal de Luxemburgo se muestra más proclive a atender los intereses del orden público que defendían los Estados, justificando con ello una injerencia sobre las libertades fundamentales de la Unión[437].

Tan solo unos meses más tarde a la sentencia en el caso Sayn-Wittgenstein, un nuevo contencioso sobre la identidad nacional vuelve a centrar todas las miradas sobre las implicaciones de la invocación de la misma en relación al derecho al nombre en el asunto Runevič-Vardyn. Teniendo en cuenta que esta sentencia fue objeto de estudio pormenorizado con motivo de su vinculación con la defensa y promoción de la lengua nacional, nos limitaremos a subrayar las continuidades y novedades que incorpora en el área que estamos abordando en estos momentos.

Sin duda, existen importantes similitudes entre ambas sentencias por lo que respecta a la consagración del nombre y apellidos como una esfera especialmente litigiosa en el ámbito de la identidad nacional, al reconocimiento del derecho al nombre como un derecho fundamental y, a grandes rasgos, al modo de resolución de este tipo de conflictos. No obstante, existen una serie de divergencias en este último punto que conviene destacar.

---

[435] En efecto, no debe en absoluto subestimarse la influencia que haya podido ejercer un precedente resuelto ante el Tribunal Constitucional austriaco (*Verfassungsgerichtshof*) apenas unos meses antes de que fuera elevada la cuestión prejudicial y, de hecho, fue precisamente aquel el que originó que actuaran de oficio las autoridades nacionales para proceder a la rectificación registral. *Vid.* STC de Austria de 27 de noviembre de 2003, B 557/03.

[436] BESSELINK, LEONARD, «Respecting Constitutional Identity in the EU. Case Note to Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010», *op.cit.*, p. 683.

[437] TERUEL LOZANO, GERMÁN M., «Identidad personal y reconocimiento del "nombre" en el espacio europeo: hacia la construcción de un estatuto personal como ciudadanos europeos», *op.cit.*, p. 253.

En primer lugar, y en claro contraste con el modo de proceder en el asunto Sayn-Wittgenstein en el que advertíamos de la aplicación de un control de proporcionalidad particularmente superficial, se pone en práctica en la sentencia Runevič-Vardyn una supervisión que es comparativamente más rigurosa. En este caso, la invocación de la identidad nacional como excepción que justifique una restricción a una libertad fundamental no desplaza o neutraliza el test de proporcionalidad ni, como en el caso Sayn-Wittgenstein, impone necesariamente un control más laxo en el que su mera alegación agote prácticamente todo el examen[438]. Por el contrario, en la decisión Runevič-Vardyn la identidad nacional constituye un elemento de ponderación más a la hora de valorar la proporcionalidad de la medida controvertida, ahondando el Tribunal de Justicia en el asunto Las dictado un par de años más tarde en esta misma línea jurisprudencial tendente a un control más exigente[439].

En segundo lugar, en la sentencia Runevič-Vardyn la identidad nacional no aparece integrada en la excepción de orden público prevista en los Tratados, que en ningún momento es aludida entre los argumentos aducidos, pero, por otra parte, tampoco es invocada como una excepción autónoma. En este caso, la identidad nacional aparece conjugada junto con un derecho fundamental y otras disposiciones de Derecho originario, que deberán tomarse en consideración a los efectos de juzgar la proporcionalidad de la medida.

En tercer lugar, a diferencia de la asistencia jurídica ofrecida por el Tribunal de Justicia en el marco de la cuestión prejudicial formulada en el asunto Sayn-Wittgenstein, en la que no existe margen a la interpretación del órgano jurisdiccional de remisión sobre el extremo de la presencia o no de una restricción, en el caso Runevič-Vardyn se opta por una medida de deferencia en la que corresponde al Tribunal remitente decidir de acuerdo con las directrices sentadas en la vía incidental. Del mismo modo, en la sentencia Boggendorf, sobre la que nos detendremos a continuación, optó el Tribunal de Luxemburgo por limitarse a orientar la decisión de los órganos remitentes sin ofrecer aquel directamente la solución al conflicto entre manos. En todo caso, tanto por lo que respecta a la intensidad del control de proporcionalidad como a la deferencia en favor del órgano jurisdiccional remitente, contiene aún la jurisprudencia una escasa elaboración que nos permita discernir los criterios que sigue para seguir uno u otro modelo de resolución de estos litigios[440].

---

[438] NIC SHUIBHNE, NIAMH, «Primary Laws: Judging Free Movement Restrictions after Lisbon», *op.cit.*, p. 316.

[439] CLOOTS, ELKE, «Respecting linguistic identity within the EU's internal market: Las», *op.cit.*, pp. 640-644.

[440] WITTE, BRUNO DE, «Cultural Policy Justifications», en KOUTRAKOS, PANOS, NIC SHUIBNE, NIAMH y SYRPIS, PHIL, *Exceptions from EU Free Movement Law*, Hart, Oxford, 2016, pp. 141-142. Con carácter general, sobre la incoherencia que caracteriza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando aborda asuntos relativos a las libertades fundamentales y sus posibles excepciones, *vid*. NIC SHUIBNE, NIAMH, *The Coherence of EU Free Movement Law: Constitutional Responsability and the Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

1.4.2. Bogendorff

El asunto Bogendorff vuelve a poner frente al Tribunal de Justicia un conflicto en torno a la inscripción en el registro civil de un cambio de nombre y apellidos de reminiscencias nobiliarias y la posible afección que dicha decisión puede tener sobre la identidad nacional[441]. Este caso presenta importantes similitudes con dos asuntos previamente examinados (Sayn-Wittgenstein y Runevič-Vardyn), si bien este pronunciamiento presenta diferencias fácticas y normativas que necesariamente influyen en el juicio sobre el fondo del asunto.

El demandante ostentaba al nacer la nacionalidad alemana y fue inscrito en el Registro Civil de Karlsruhe (Alemania) con el nombre de Nabiel Bagdadi. A día de hoy, como resultado de diferentes vicisitudes personales y de varios actos de trascendencia jurídica, el recurrente disfruta de la doble nacionalidad alemana y británica, y su nombre en virtud del Derecho británico es Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff. En estas circunstancias, se dirigió al Registro Civil de Karlsruhe instándole a inscribir el nombre y los apellidos que había adquirido de conformidad con la legislación británica. No obstante, la autoridad estatal competente se opuso a esta solicitud. Ante dicha negativa, el interesado recurrió ante el Tribunal Civil y Penal de Karlsruhe (*Amtsgericht Karlsruhe*) esa decisión que, a su vez, elevó una cuestión prejudicial a los efectos de disipar sus dudas sobre la posible incompatibilidad de esa decisión con la libertad de circulación y residencia reconocida a los ciudadanos de la Unión en los artículos 18 y 21 TFUE.

Debe tenerse presente que las circunstancias que dieron lugar a la sentencia Sayn-Wittgenstein difieren del presente caso, al menos, en cuatro hechos diferenciales; primero, en aquel caso la interesada no tenía doble nacionalidad; segundo, la divergencia de apellidos resultaba efectivamente de un cambio de estatuto personal, y no de una mera declaración de voluntad ante la autoridad competente; tercero, los apellidos revelaban unos genuinos orígenes nobiliarios, y no una mera apariencia; cuarto, las identidades nacionales austriacas y alemanas presentan diferencias menores, pero, en todo caso, relevantes a estos efectos. Sobre este último punto merece destacar que la legislación constitucional austriaca presenta una aproximación más restrictiva que la contemplada en el sistema constitucional alemán. En este sentido, Austria prohíbe a sus ciudadanos llevar apellidos reveladores de un origen nobiliario, mientras que en Alemania, aun asimilándose a esta regulación desde la adopción de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, prohíbe el otorgamiento de nuevo títulos nobiliarios, pero consiente que aquellos que tuvieran un apellido de estas características con anterioridad a la aprobación de la Constitución de Weimar de 1919 puedan mantenerlo como parte del apellido y transmitirlo.

[441] STJUE de 2 de junio de 2016, Bogendorff, C-438/14.

El Tribunal de Justicia resolvió el presente asunto a luz de todas estas consideraciones y de la consabida jurisprudencia europea sobre la necesidad de determinar la existencia de una restricción a las libertades fundamentales, así como la presencia de una causa justificativa. A tal fin, se aceptó que la abolición de los títulos nobiliarios es una manifestación concreta del principio de igualdad y constituye una opción constitucional integrada en el orden público alemán, la cual puede justificar una restricción al derecho a la libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión[442]. De nuevo, en esta ocasión se acude a la categoría de orden público como una excepción a las libertades fundamentales reconocidas en la jurisprudencia, subsumiéndose la identidad nacional en dicha categoría y, por consiguiente, no reconociendo que la misma tenga una entidad propia que pueda justificar por sí misma ese obstáculo al normal funcionamiento del mercado interior[443]. Para concluir, el Tribunal de Justicia no puso definitivamente fin al litigio, sino que remitió al órgano jurisdiccional de instancia la decisión de valorar, con arreglo a los criterios desplegados en esta resolución judicial, si la denegación de la inscripción de los apellidos en el Registro Civil está justificada por motivos de orden público por cuanto resulta apropiada y necesaria para garantizar el principio de igualdad ante la ley como elemento integrante de la identidad nacional alemana[444].

2. Control judicial de la aplicación y validez del Derecho derivado

Un segundo posible uso judicial de la cláusula de identidad nacional se concreta en un control de la aplicación y de la validez del Derecho secundario ante el Tribunal de Justicia. Obsérvese que, a diferencia de la anterior función judicial del artículo 4.2 TUE, dirigida a valorar la conformidad con el Derecho de la Unión de determinados actos o normas de Derecho nacional, esta nueva aplicación judicial tiene por objeto actos o normas de Derecho de la Unión. Desde una perspectiva teórica, existen diversos mecanismos procesales a través de los cuales es posible articular la pretensión de inaplicación o invalidez del Derecho secundario, ya sea por medio de una cuestión prejudicial de interpretación para el primer supuesto, ya sea por medio de una cuestión prejudicial de validez o un recurso de anulación para el segundo.

Esta aplicación judicial ha sido avanzada por la doctrina, aunque lo cierto es que la misma ha pasado inadvertida en la mayoría de los estudios dedicados a esta categoría jurídica. En palabras de Von Bogdandy, la vulneración de un principio constitucional nacional, amparado por el artículo 4.2 TUE, por una norma de Derecho secundario es motivo suficiente para estimar la ilegalidad de la misma «como una cuestión de Derecho

[442] *Ibid.*, apartado 64.
[443] *Ibid.*, apartados 65 y 80.
[444] *Ibid.*, apartados 79-83.

de la Unión»[445]. En tales casos, afirma que, a fin de evitar una quiebra de la identidad nacional, es preciso que la norma supranacional controvertida sea diseñada en unos términos tales que concedan a los Estados miembros una cierta flexibilidad[446]. Esta puede alcanzarse, o bien concediendo un margen estatal suficiente a la hora de implementar una normativa, o bien configurando excepciones específicamente dirigidas a uno o varios Estados miembros que consientan la no aplicación del Derecho de la Unión[447]. Incluso, se ha llegado a proponer que cuando un acto o norma de Derecho derivado sea impugnado en el contexto de una acción de nulidad por considerarlo contrario al deber de respetar la identidad nacional, la Corte de Luxemburgo deberá verificar si el legislador europeo ha excedido los límites de su amplio poder discrecional sacrificando la estructura constitucional fundamental o su funciones estatales básicas[448]. En caso afirmativo, Di Federico propugna una declaración de nulidad, total o parcial, con efectos *erga omnes* y, en línea de principio, *ex tunc*[449].

La teoría general de fuentes del Derecho en el ordenamiento de la Unión, como es sabido, adopta un clásico modelo jerarquizado de acuerdo con el cual en caso de contradicción entre una norma de Derecho primario y otra de Derecho derivado, se predica la nulidad de esta última[450]. Otra cuestión distinta, y sobre la que merece reflexionar, es la idoneidad de esta respuesta en el caso de conflictos relativos a la identidad nacional. Por razón de sus efectos jurídicos, la nulidad puede constituir una medida excesivamente gravosa y es por ello que conviene considerar una sanción más liviana, como es el caso de una mera inaplicación para el concreto Estado miembro afectado[451].

Ciertamente, salvo casos difícilmente concebibles, es harto improbable que un acto o norma de la Unión pueda vulnerar la identidad nacional de todos los Estados miembros. Es más, en tales casos, considerada la existencia de un espacio constitucional común donde se comparten principios comunes entre la Unión y los Estados miembros, resultarían probablemente también vulnerados los principios propios del ordenamiento supranacional; por no decir que una transgresión tan evidente hubiera sido probablemente percibida y salvada por parte del legislador europeo. Por todo ello, en lugar de proponer la nulidad con efectos *erga omnes* de una norma de Derecho secundario, parece más

---

[445] VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1443.
[446] *Ibidem*.
[447] *Ibidem*.
[448] FEDERICO, GIACOMO DI, «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali», *op.cit.*, p. 345.
[449] *Ibidem*.
[450] Respecto del criterio de jerarquía en el sistema de fuentes de la Unión, CURTIN, DEIRDRE y MANUCHARYAN, TATEVIK, «Legal Acts and Hierarchy of Norms in EU Law», en CHALMERS, DAMIAN y ARNULL, ANTHONY (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015; HOFFMAN, HERWIG, «Legislation, Delegation and Implementation Under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality», *European Law Journal*, núm. 15, vol. 4, 2009.
[451] Adoptando una postura semejante en defensa de una mera inaplicabilidad, y no de la nulidad, *vid.* CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law*, *op.cit.*, p. 326.

conveniente declarar únicamente la inaplicabilidad como una suerte de excepción a la aplicación del Derecho de la Unión para un único Estado miembro.

En estas circunstancias, sin perjuicio de la necesidad de un examen en concreto del conflicto en cuestión, consideramos que una genuina afectación de la identidad nacional puede justificar la no aplicación del Derecho supranacional dado que la misma presenta una virtualidad muy residual (y cada vez menor con el paso del tiempo[452]) y no supone un obstáculo inasumible para el correcto funcionamiento del mercado interior. Por último, este uso judicial de la identidad nacional resulta particularmente ventajoso a los efectos de evitar una colisión entre máximas autoridades judiciales. Así pues, una intervención previa del Tribunal de Justicia acomodando las inquietudes identitarias presentaría la virtud de neutralizar una posible reacción de los Tribunales Constitucionales nacionales que, insatisfechos con el respeto mostrado a sus estructuras constitucionales fundamentales, podría optar por recurrir a la jurisprudencia de los contralímites.

Conviene examinar si estas reflexiones teóricas han venido acompañadas en la práctica por un sustrato jurisprudencial y, de este modo, respaldar nuestras consideraciones. Existen escasos precedentes judiciales en que los que sea apreciable esta funcionalidad de la cláusula de identidad nacional en sede judicial, elevándose a un total de tres resoluciones judiciales. Concretamente, conocemos un total de tres casos (España c. Eurojust, Affatato y Torresi) en los que se ha invocado por el Tribunal de remisión o por los recurrentes una pretensión dirigida a declarar la inaplicación o la invalidez del Derecho secundario con fundamento en la violación de la cláusula de identidad nacional, los cuales serán objeto de análisis a continuación.

2.1. España c. Eurojust

El Reino de España interpuso un recurso de anulación con la pretensión de impugnar unas convocatorias públicas para la contratación de agentes temporales en el seno del Eurojust, que es un órgano de la Unión insertado en el ámbito de la cooperación judicial entre Estados miembros. En concreto, los motivos del recurso se centraron en los dos siguientes puntos: la obligatoriedad de remitir la documentación para presentar una candidatura en la lengua de publicación de la convocatoria y en inglés y, además, la exigencia de elevados conocimientos lingüísticos tanto de inglés como de francés. En sustancia, se solicitó al Tribunal de Justicia la anulación de los criterios y del propio proceso de selección por vulneración del régimen lingüístico de la Unión y del principio de no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12 TCE -actual artículo 18 TFUE-).

[452] Conclusiones del AG P. Cruz Villalón de 14 de enero de 2015, Gauweiler, C-62/14, apartado 61.

En un primer momento, debe advertirse que no existe consideración alguna sobre la identidad nacional en la sentencia por la que se resuelve este conflicto, sin perjuicio que se contengan unas observaciones de enorme interés en las conclusiones que la precedieron[453]. En aras de una mayor precisión, es cierto que el Tribunal de Justicia declaró inadmisible el recurso por considerar que los actos contestados habían sido dictados por un órgano de la Unión con personalidad jurídica propia y, en consecuencia, no están recogidos en la lista de actos cuya legalidad pueda controlar el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 230 TCE (actual artículo 263 TFUE)[454]. En todo caso, la inadmisibilidad de la acción no es un obstáculo para tomar buena cuenta de las reflexiones contenidas en las conclusiones en la medida en que pueden augurar futuras líneas de actuación del Tribunal de Luxemburgo en caso de que sean distintos los actos impugnados.

El Abogado general Poiares Maduro inició sus reflexiones sobre este particular señalando que el respeto y la promoción de la diversidad lingüística no son necesariamente incompatibles con los objetivos del mercado interior[455]. Por el contrario, afirmó que el principio de respeto a la diversidad lingüística es una manifestación de la identidad nacional y que la cláusula general del artículo 6.3 encuentra concreción tanto en el Tratado Constitucional (artículo 3.3) como en la Carta (artículo 22)[456]. Dicho esto, reconoció que no existía un derecho absoluto de igualdad de lenguas de la Unión o, lo que es lo mismo, que no existía un principio general del Derecho comunitario que garantizase a todo ciudadano el derecho a que se redacte en su lengua todo lo que pueda afectar a sus intereses, cualesquiera que fuesen sus circunstancias[457]. En consecuencia, pueden existir limitaciones a ese principio siempre que estén debidamente justificadas.

En tales circunstancias, se consideró que las decisiones impugnadas serían admisibles si obedeciesen al buen funcionamiento del órgano de la Unión y/o si la imposición de determinadas exigencias lingüísticas respondiera a la naturaleza del puesto que se deseaba cubrir. Con arreglo a estos criterios, el AG consideró que debía desestimarse el recurso de anulación «a los órganos de la Unión se les debe reconocer una cierta autonomía para determinar la naturaleza de sus necesidades funcionales» y que, en este sentido, «el Reino de España no ha aportado ninguna prueba concreta que pueda hacer dudar de la pertinencia de los conocimientos lingüísticos exigidos para ejercer las funciones propuestas»[458].

---

[453] STJCE de 15 de marzo de 2005, España c. Eurojust, C-160/03.
[454] *Ibid.*, apartado 37.
[455] Conclusiones del AG M. Poiares Maduro de 16 de diciembre de 2004, España c. Eurojust, C-160/03, apartado 34.
[456] *Ibid.*, apartado 35.
[457] *Ibid.*, apartado 38. En este punto, el AG M. Poaires Maduro se apoya en jurisprudencia previa con referencia expresa a la sentencia Kik/OAMI. *Vid*. STJCE de 9 de septiembre de 2003, Kik/OAMI, C-361/01 P; NIC SHUIBHNE, NIAMH, «Commentaire de l'arrêt Kik/OAMI (C-361/01 P)», *Common Market Law Review*, núm. 41, vol. 4, 2004.
[458] Conclusiones del AG M. Poiares Maduro de 16 de diciembre de 2004, España c. Eurojust, C-160/03, apartado 66.

En definitiva, estas conclusiones generales del AG Poiares Maduro constituyen un primer signo de apertura a considerar la nulidad de un acto de Derecho de la Unión con fundamento en una transgresión del artículo 4.2 TUE. Ciertamente, el Tribunal de Justicia no declaró la nulidad de la medida controvertida porque una convocatoria pública para cubrir puestos de trabajo en un órgano de la Unión no constituye un acto o norma impugnable con arreglo al artículo 230 TCE; es más, el Tribunal de Luxemburgo no llegó siquiera a contemplar la incidencia de la identidad nacional en este contencioso. De todos modos, el razonamiento seguido por el abogado general parece abrir la puerta a que pueda reconocerse esa posible función judicial de la cláusula identitaria si los actos impugnados tuvieran cobertura bajo la acción de nulidad y, además, si los mismos efectivamente violan el artículo 4.2 TUE.

2.2. Affatato

El Tribunal de Rossano (Italia) elevó una cuestión prejudicial por albergar dudas sobre la correcta interpretación del cláusula número 5 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, que figura como anexo a la Directiva 1999/70/CE[459]. Dicha disposición está dirigida a prevenir la utilización abusiva de esta modalidad de contratación laboral y, entre las diferentes medidas contempladas en la normativa, se dispone en su apartado 2 que los Estados miembros podrán prever en qué casos tales contratos a tiempo determinado pueden ser considerados como celebrados a tiempo indefinido. En cumplimiento de su obligación de trasponer al ordenamiento interno la referida Directiva, se aprobó en Italia el Decreto Legislativo núm. 165/2001, disponiéndose en su artículo 36 la prohibición de toda conversión de contratos a tiempo parcial en contratos indefinidos. Esta regulación nacional responde a una exigencia constitucional de acuerdo con la cual para el acceso a puestos permanentes en la función pública es preciso someterse a un concurso público (artículo 97 Constitución italiana[460]) en la medida en que constituye el proceso más apropiado para la selección de personal con arreglo a los criterios de eficiencia y de imparcialidad[461].

El Tribunal de remisión planteó la duda de si la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE, se oponía a una normativa nacional como el artículo 36 del Decreto legislativo núm. 165/2001, dirigida a trasponer aquella directiva al ordenamiento interno, por la que se impide toda posible conversión de un contrato de trabajo a tiempo determinado en un contrato a tiempo indefinido en el marco de la Administración Pública nacional, incluso en el caso de un uso abusivo de aquella figura contractual[462]. Y, en caso afirmativo, si la mencionada cláusula podía vulnerar las

[459] ATJCE de 1 de octubre de 2010, Affatato, C-3/10.
[460] Artículo 97 Constitución italiana: «A los empleos en la Administración Pública se accede mediante concurso, salvo en los casos establecidos en la ley».
[461] *Vid*. STCI de 27 de marzo de 2003, 89/2003.
[462] ATJCE de 1 de octubre de 2010, Affatato, C-3/10, apartado 36.

estructuras fundamentales políticas y constitucionales de un Estado miembro protegidas por el artículo 4.2 TUE[463].

Tras señalar que existía jurisprudencia previa de la que podía derivarse la solución del litigio, el Tribunal de Justicia declaró que el Acuerdo Marco concedía un considerable margen de discrecionalidad a los Estados miembros para adoptar medidas encaminadas a evitar un abuso en la contratación temporal y que, en ningún caso, imponía que entre tales medidas debiera asumirse con carácter obligatorio la sanción de transformar contratos de tiempo determinado en otros de carácter indefinido[464]. A la vista de estas consideraciones, el AG concluyó escuetamente, y sin entrar en ningún detalle, que la norma de Derecho derivado en ningún modo podía vulnerar la identidad nacional italiana[465].

2.3. Torresi

Tras haber finalizado sus estudios de Derecho en Italia, los Sres. Torresi obtuvieron un título universitario de esa misma disciplina en España y se inscribieron como abogados ejercientes en el Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife[466]. Con posterioridad, solicitaron su ingreso en el Colegio de Abogados de Macerata (Italia) en la sección especial del registro para abogados con título extranjero. El *Consiglio Nazionale Forense* (en adelante, CNF), órgano homólogo al Consejo General de la Abogacía Española, no se pronunció sobre sendas solicitudes en el plazo prescrito en la normativa nacional y, a raíz de esas circunstancias, los Sres. Torresi interpusieron un recurso ante esta institución gremial. Albergando dudas sobre la interpretación y la validez de la Directiva 98/5, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, el CNF planteó dos cuestiones prejudiciales a la luz de los principios de prohibición del abuso del Derecho y del respeto a la identidad nacional. En particular, fijaremos principalmente nuestra atención en la segunda de ellas, que es una cuestión prejudicial de validez, por ser la única que tiene incidencia sobre la cuestión objeto de examen. Por lo que se refiere a la primera de ellas, podemos adelantar que el Tribunal europeo descartó que los actos de los recurrentes pudieran ser considerados abusivos o fraudulentos.

El CNF partió de la premisa de que la admisión de los nacionales italianos titulados en el extranjero para poder ejercer como abogados en Italia tendría el efecto de

---

[463] *Ibidem*.
[464] *Ibid.*, apartados 37-38.
[465] *Ibid.*, apartado 41.
[466] STJUE de 17 de julio de 2014, Torresi, asuntos acumulados C-58/13 y C-58/13. *Vid*. MASTROIANNI, ROBERTO y ARENA, AMEDEO, «Free movement of lawyers and the Torresi judgment: a bridge too far?: European Court of Justice, Grand Chamber Judgment of 17 July 2014, Joined Cases C-58/13 and C-59/13 Angelo Alberto Torresi and Pierfrancesco Torresi v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata», *European Constitutional Law Review*, núm. 11, vol. 2, 2015.

eludir la Constitución nacional, que exige la superación de un examen estatal de habilitación (artículo 33.5 Constitución italiana)[467]. A su juicio, y sin desarrollar mínimamente esta idea, esta contradicción entre la Constitución nacional y la Directiva 98/3 comportaría inmediatamente la vulneración de la identidad nacional italiana. En consecuencia, trasladó al Tribunal de Justicia la duda de si de dicha infracción puede derivarse la invalidez del artículo 3 de la Directiva. En este sentido, señaló acertadamente el Tribunal de Luxemburgo que el ámbito de aplicación del artículo 3 de la mencionada Directiva es muy limitado, y no regula de manera general el acceso a la profesión de abogado ni su ejercicio con el título profesional expedido en el Estado miembro de acogida[468]. Con base en estas consideraciones, rechazó que la solicitud de inscripción presentada en virtud del artículo 3 de la Directiva 98/5 permitiese evitar la aplicación de la Constitución italiana[469].

Por nuestra parte, conviene, en primer lugar, incidir sobre la idea manifestada reiteradamente de que no toda disposición constitucional acoge valores identitarios. En segundo lugar, coincidimos con la opinión manifestada tanto en las conclusiones del Abogado general Wahl[470] como por el propio Gobierno italiano[471] que expresan con claridad su negativa a considerar que el mero hecho de permitir a nacionales de un Estado miembro que obtengan el título profesional de abogado en otro Estado miembro ejercer la profesión de abogado pueda vulnerar la identidad nacional. En tercer lugar, nos parece discutible en este caso la propuesta del Tribunal de remisión que sugiere la posibilidad de declarar la nulidad del artículo 3 de la Directiva 98/5 en caso de estimarse que ha sido conculcado el artículo 4.2 TUE. En línea con lo defendido al inicio de este apartado, hubiera sido más conveniente haber propuesto tan solo la inaplicabilidad de la norma controvertida con efectos únicamente para el ordenamiento nacional. En caso contrario, el resultado podría resultar dejar sin efectos una normativa que no produce tensión alguna en el sistema jurídico de los restantes Estados miembros.

Al hilo del análisis de estos tres casos es posible extraer una serie de valoraciones globales sobre esta aplicación judicial de la cláusula de identidad nacional. En primer lugar, se advierte inmediatamente que existe un claro desequilibrio entre el número de sentencias enmarcadas en el primero de los usos judiciales y aquellas otras que han sido adscritas en este segundo grupo. Se puede apreciar que una amplia mayoría de los pronunciamientos judiciales sobre la identidad nacional se incorporan en la primera clasificación jurisprudencial relativa al valor de la misma como excepción cualificada a las libertades fundamentales del mercado único mientras que la segunda apenas cuenta con un número muy reducido de resoluciones. En segundo lugar, tal y como intuíamos

[467] Artículo 33, apartado 5, Constitución italiana: «Se establece un examen de Estado para la admisión a varios órdenes y grados de escuela o para la conclusión de los mismos, así como para la habilitación al ejercicio profesional». Traducción propia.
[468] STJUE de 17 de julio de 2014, Torresi, asuntos acumulados C-58/13 y C-58/13, apartado 56.
[469] *Ibid.*, apartado 57.
[470] Conclusiones del AG N. Wahl de 10 de abril de 2014, Torresi, asuntos acumulados C-58/13 y C-59/13, apartado 99.
[471] STJUE de 17 de julio de 2014, Torresi, asuntos acumulados C-58/13 y C-58/13, apartado 58.

inicialmente, las sentencias dictadas, aun siendo pocas, han activados todas las acciones procesales que pueden derivar en una inaplicación o invalidez del Derecho de la Unión. A este respecto, se han incoado cuestiones prejudiciales de interpretación y de validez e, incluso, en una ocasión un recurso de anulación. En tercer lugar, y probablemente el dato más relevante, en ninguno de estos asuntos el Tribunal de Justicia ha estimado las pretensiones de los demandantes y, por tanto, no existe aún ningún precedente judicial por el que se haya declarado la inaplicación o la invalidez de una norma de Derecho secundario por infracción del artículo 4.2 TUE. Sin embargo, el hecho de que no se haya rechazado explícitamente esta operatividad de la cláusula por el Tribunal europeo sumado a la limitada jurisprudencia nos permite sostener la idea de que no se debe excluir la posibilidad de que pueda dictarse un fallo que declare tales consecuencias en el futuro en caso de que las concurran unas circunstancias fácticas y jurídicas diversas de las presentes en estos tres litigios que así lo justifiquen.

A pesar de todo lo expuesto, y aun considerando que se trata de una hipótesis válida de acuerdo con el Derecho de la Unión, se antoja difícil prever que el Tribunal de Justicia declare en un futuro la invalidez de un acto o norma del Derecho supranacional con fundamento en la identidad nacional[472]. Por el contrario, y en línea con la estrategia general que consideramos más efectiva en cualquier conflicto sobre esta materia, este Tribunal europeo se mostrará más proclive a aceptar estas pretensiones si las mismas son formuladas en términos de Derecho de la Unión, ya sea porque resulta afectado un principio fundamental constitucional que lo es también del ordenamiento supranacional (España c. Eurojust), ya sea porque no se reconoce suficiente margen de discrecionalidad en la implementación de Derecho derivado (Affatato). Y, por último, por las razones ya avanzadas, resultará deseable, e igualmente más sugerente con vistas a convencer al Tribunal de Luxemburgo de la admisibilidad de la pretensión, solicitar la inaplicabilidad frente a la invalidez del acto o norma en cuestión (Torresi).

3. Uso *ad abundantiam*

Para terminar con el análisis sobre las diferentes aplicaciones judiciales de la identidad nacional ante el Tribunal de Justicia, es posible advertir una tercera categoría de resoluciones judiciales que pueden agruparse bajo la denominación de uso *ad abundantiam*. Estos casos comparten como característica común una invocación inoportuna por parte de los Estados miembros de la cláusula de identidad nacional ante el Tribunal de Luxemburgo. Desde un punto de vista teórico, es presumible que esta impertinencia pueda basarse en dos posibles motivaciones; o bien una concepción equivocada del mismo concepto de identidad nacional; o bien en una voluntad de hacer valer esta categoría jurídica en términos absolutos e imponderables frente a otros intereses

[472] GUASTAFERRO, BARBARA, «Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause», *op.cit.*, p. 313 (nota al pie núm. 198).

en conflicto con el objeto de inaplicar el Derecho de la Unión en el Estado miembro supuestamente afectado.

Con carácter preliminar, es oportuno diferenciar este grupo de resoluciones de aquellos pronunciamientos en los que la alegación del recurrente no supere el test de proporcionalidad, sino que se trata de casos en los no es preciso aplicar este método de resolución de conflictos por ser apreciable su improcedencia con carácter previo y sin particulares dificultades. Son casos que revisten relevancia por cuanto ponen de relieve una reiterada estrategia procesal adoptada por los recurrentes o, en términos más generales, por las partes intervinientes con el propósito de modelar una excepción desmesurada a la aplicación del Derecho de la Unión[473]. En tales casos, tanto el propio Tribunal de Justicia como la Comisión se han mostrados muy reacios y contrarios a aceptar tales pretensiones[474].

Existen precedentes en los que la defensa de las pretensiones del recurrente con fundamento en la identidad nacional es completamente improcedente porque el bien jurídico que se afirma proteger no guarda conexión alguna con esa categoría jurídica. Tal es el caso del asunto Polonia c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea, siendo desconcertante que un Estado miembro sostenga que la fabricación, venta y consumo de cigarrillos mentolados puede vulnerar su propia identidad[475]. En tal caso, el argumento fue únicamente recogido en las conclusiones de la Abogada general para poner de relieve las alegaciones de una de las partes, pero no tuvo trascendencia en su análisis del caso más que para desdeñarlo sin entrar en particular detenimiento en su rechazo, ni tampoco tuvo reflejo alguno en la posterior sentencia. En efecto, como bien se expresa la Abogada general Kokott, «sería más que sorprendente que se quisieran calificar seriamente de interés nacional» las actividades de comercialización de este tipo de producto[476].

Sin duda, revisten mayor relevancia otras sentencias en la que se identifica acertadamente una determinada característica constitucional como perteneciente a la identidad nacional -o, al menos, un rasgo relevante del ordenamiento jurídico nacional-, si bien pretende otorgarse a la misma un protección excesiva y no sometida a posibles modulaciones en su confrontación con otros intereses. Contamos con un par de ejemplos claros en los que se puede observar esta aplicación del artículo 4.2 TUE y, como es imaginable, en todos ellos se pronunció el Tribunal de Luxemburgo desestimando el correspondiente recurso. A raíz de estos asuntos, será posible extraer y analizar una serie de rasgos comunes que caracterizan esta jurisprudencia.

---

[473] BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, «A Huron at the Kichberg Plateau or a Few Naive Thoughts on Constitutional Identity in the Case-Law of the Judge of the European Union», *op.cit.*, pp. 292-293.
[474] *Ibidem*.
[475] Conclusiones de la AG J. Kokott de 23 de diciembre de 2015, Polonia c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea, C-358/14, apartado 148.
[476] *Ibid.*, apartado 166.

3.1. O'Brien

Este caso se origina a raíz de la denegación del *Ministry of Justice* británico de la concesión de una pensión de jubilación al Sr. O'Brien debido a que, según la legislación nacional, y a diferencia de los jueces a tiempo completo y de los jueces a tiempo parcial asalariados, los jueces a tiempo parcial remunerados mediante honorarios (*recorders*), como es el caso del recurrente, no tienen derecho a la misma[477]. El marco normativo lo constituye la Directiva 97/81, cuyo ámbito de aplicación fue extendido al Reino Unido en virtud de la Directiva 98/23/CE, y que tiene por objeto la aplicación del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que figura en el anexo de aquella. Se elevan dos cuestiones prejudiciales ligadas entre sí por parte del *Supreme Court* para recabar la oportuna interpretación del Tribunal de Justicia. En primer lugar, se deseaba saber si, a los efectos del citado Acuerdo marco, el concepto de trabajador debía determinarse conforme al Derecho nacional o al Derecho de la Unión. En segundo lugar, en caso de declararse que la categoría de juez profesional está incluida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva, quería que se aclarase si la normativa nacional podía establecer diferencias entre diferentes categorías de jueces por lo que respecta al reconocimiento del derecho a una pensión.

El Tribunal de Luxemburgo, apoyándose en jurisprudencia previa, recordó que un trabajador estará comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial cuando «tenga un contrato o una relación de trabajo tal y como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en el Estado miembros de que se trate»[478]. Sin embargo, precisó inmediatamente a continuación que la facultad de apreciación concedida a los Estados para definir los conceptos incluidos en esa normativa estaba limitada por una doble exigencia: respetar los principios generales del Derecho de la Unión y no obstaculizar la realización de los objetivos perseguidos en la Directiva. En este sentido, el propósito primordial de la misma era mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial y suprimir las posibles discriminaciones de que pudieran ser víctimas[479]. En tales circunstancias, únicamente podía admitirse la exclusión de una categoría de personal del ámbito de aplicación «si la naturaleza de la relación laboral de que se trata es sustancialmente diferente de la que vincula con sus empleadores a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores», siendo una circunstancia que debería ser valorada por el Tribunal remitente[480].

En defensa de la exclusión de los jueces del ámbito de aplicación de la Directiva, el Gobierno del Reino Unido refirió en la vista oral ante el Tribunal de Justicia las dos siguientes consideraciones, a saber: que los jueces son titulares de un cargo judicial cuyo régimen jurídico no se rige por contrato de trabajo y que el Derecho nacional tampoco

---

[477] STJUE de 1 de marzo de 2012, O'Brien, C- 393/10.
[478] *Ibid.*, apartado 33.
[479] *Vid*. Preámbulo, apartado segundo, del Acuerdo marco, cláusula 1, letra a) del Acuerdo marco y considerandos primero, undécimo y vigésimo tercero de la Directiva 97/81.
[480] STJUE de 1 de marzo de 2012, O'Brien, C- 393/10, apartados 42 y 43.

reconoce una categoría de «relación de trabajo» que no sea la creada por un contrato[481]. Fue el Gobierno de Letonia quien en la presentación de sus observaciones introdujo el argumento de la identidad nacional que, conviene subrayar, no fue aducida en ningún momento por parte del Estado miembro contra el cual se dirigía el proceso. Concretamente, dicho Gobierno alegó que «la aplicación del Derecho de la Unión al poder judicial implicaría vulnerar las identidades nacionales de los Estados miembros, infringiendo el artículo 4 TUE, apartado 2»[482]. En los términos en los que aparece contenida en la sentencia, debe afirmarse que este discurso aparece formulado en unos términos excesivamente generales y no se justifica en modo alguno la relación existente entre la aplicación de la normativa de la Unión y el modo en que la misma puede infringir la identidad nacional británica más allá de la mera referencia al poder judicial como una esfera, a juicio del Gobierno interviniente, que debe permanecer completamente ajena a toda influencia o impacto por parte del Derecho supranacional. En todo caso, es preciso hacer constar la cautela de que las observaciones de los gobiernos nacionales cuando actúan como coadyuvantes, y no como parte, no se hacen públicas en su totalidad y, por tanto, únicamente contamos que las escasas palabras transcritas en la resolución judicial.

Formulado en estos términos, este argumento difícilmente puede prosperar porque no puede argüirse que existan áreas que de manera general y absoluta estén restringidas a la aplicación del Derecho de la Unión, lo cual tampoco es extensible al poder judicial. Ciertamente, se concede a los Estados miembros una considerable autonomía a los efectos de organizar su arquitectura judicial y los miembros que la integran sobre las que, en ningún caso, se extienden las competencias de la Unión. Ahora bien, esto no puede entenderse hasta el punto de que la identidad nacional respalde la creación de ámbitos jurídicos en la esfera nacional completamente aislados del influjo del Derecho de la Unión. En el presente caso no se cuestiona el poder de autoorganización de los Estados miembros a la hora de establecer qué sujetos ostentan la facultad de administrar justicia ni se pretende una armonización en este sentido, sino que se refiere exclusivamente una cuestión muy concreta referida a la aplicación de un Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial a los jueces nacionales británicos, ya sean a tiempo completo o ya lo sean a tiempo parcial. Buena prueba de la improcedencia del argumento es que el Tribunal de Justicia no tuvo reparos en rechazar esa posición de manera sucinta y se limitase a señalar que una normativa de la Unión dirigida a imponer el principio general de igualdad de trato en la esfera laboral no puede afectar a la identidad nacional. A ello debe sumarse que las conclusiones de la Abogada general Kokott tampoco hacen alusión a la misma, ni siquiera con el solo propósito de dejar constancia de las observaciones de uno de los Estados miembros que han intervenido en el procedimiento, lo que viene a redundar en la impertinencia del alegato[483].

[481] *Ibid.*, apartado 39.
[482] *Ibid.*, apartado 49.
[483] Conclusiones de la AG J. Kokott de 17 de noviembre de 2011, O'Brien, C-393/10.

3.2. Comisión c. España

Este asunto se inició por medio de un recurso de incumplimiento incoado por la Comisión Europea para que se declarase que España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de una infracción a la libre circulación de capitales (artículo 63 TFUE). En concreto, se acusaba a la legislación nacional de diferenciar entre en el trato fiscal dispensado a las donaciones y sucesiones entre causahabientes y donatarios residentes en España y los no residentes, por un lado, y entre las donaciones y disposiciones similares de bienes inmuebles situados dentro y fuera de España, por otro[484]. En defensa de sus pretensiones, el Estado demandado recordó la obligación que incumbe a la Unión de respetar la identidad nacional de los Estados miembros y, seguidamente, con apoyo en ese fundamento jurídico sostuvo que el Tribunal de Justicia no era competente para pronunciarse sobre el ejercicio de competencias en materia fiscal en el ordenamiento jurídico nacional[485].

No obstante, el Tribunal de Justicia centró el debate judicial en otros términos y se limitó a determinar si efectivamente existían o no circunstancias objetivas que permitiesen admitir un trato diferenciado entre residentes y no residentes y entre bienes inmuebles radicados o no en el territorio de un Estado miembro. En este sentido, el Tribunal no resultó convencido por las alegaciones españolas y declaró, en línea con lo expresado por la Comisión, que:

> «el presente recurso por incumplimiento no pretende en modo alguno poner en cuestión el reparto de las competencias entre el Estado miembro interesado y las Comunidades Autónomas, ni más en particular, la competencia atribuida a éstas en materia de fiscalidad de las donaciones y las sucesiones»[486].

Finalmente, el Tribunal de Luxemburgo terminó por declarar el incumplimiento por considerar que los sujetos sometidos a tributación se encuentran en situaciones objetivamente comparables y no existen razones imperiosas de interés general que justifiquen un trato diferenciado. A este respecto, la Comisión y el Tribunal de Justicia subrayaron que el régimen jurídico fiscal, sea único para todo el Estado o contenga diferenciaciones como resultado del ejercicio de competencias de las Comunidades Autónomas, debe cumplir con los principios del Derecho de la Unión. En consecuencia, no puede concebirse en este caso que la identidad nacional se comprenda en esa excepción jurisprudencial de las conocidas como razones imperiosas de interés general porque, tal y como es sostenido en la sentencia, no se pretende alterar el reparto competencial entre el Estado español y las Comunidades Autónomas, sino únicamente poner coto a un trato discriminatorio.

A nuestro modo de ver, el Reino de España pretende ampararse en la identidad nacional para asegurarse un control sobre un área del Derecho que, si bien es cierto que,

---

[484] STJUE de 3 de septiembre de 2014, Comisión Europea c. España, C-127/12.
[485] *Ibid.*, apartado 42.
[486] *Ibid.* apartado 62.

junto con el Derecho penal, es una de las menos influidas por el ordenamiento supranacional, el Tribunal de Justicia no puede admitir que aquel pueda ejercitar sus competencias al margen de los principios del Derecho de la Unión. En otras palabras, no puede invocarse la identidad nacional para delimitar parcelas jurídicas concretas, como es el caso del Derecho Fiscal, que en su totalidad se sitúen fuera del ámbito de influencia del Derecho de la Unión y cuya intervención sobre las mismas constituya inmediatamente una vulneración del artículo 4.2 TUE.

A la luz de estas sentencias analizadas, es posible observar unos patrones que se repiten en la jurisprudencia sobre la función de la cláusula de identidad nacional, procediéndose a continuación a ofrecer una visión sistemática de conjunto. En todo caso, debe advertirse que no se ha pretendido ofrecer una examen exhaustivo de todos los pronunciamientos judiciales sobre la identidad nacional que pudieran ser adscritos a esta categoría jurisprudencia[487]. Aun así, son suficientemente representativos para dar cuenta de rasgos comunes que se aprecian en todos ellos, hayan sido o no examinados con detalle en estas líneas.

Para empezar, todos estos casos se caracterizan por invocar la identidad nacional como una alegación a mayor abundamiento, es decir, como una consideración más que se suma con carácter accesorio al conjunto de argumentos del Estado miembro cuya identidad nacional ha sido supuestamente vulnerada. Se puede constatar fácilmente la supletoriedad de estos argumentos si atendemos a la circunstancia de que los mismos no vienen acompañados de una justificación alguna o, en su caso, con una explicación insuficiente y pobre de la incidencia del acto o norma de la Unión sobre una esfera constitucional de particular sensibilidad[488]. Es por ello que no produce extrañeza que sean razonamientos rechazados de plano o con un muy escueto desarrollo por parte de los Abogados Generales y del propio Tribunal de Justicia, y es por ese motivo que estos se limitan sencillamente en algunas ocasiones a transcribir las alegaciones de las partes sin entrar en detalle sobre su improcedencia. Entre los casos analizados se ha significado aquellos en los que parece confundirse la identidad nacional con el reparto competencial, de modo que los Estados han tratado de delimitar determinadas esferas del Derecho -organización del poder judicial y Derecho fiscal- sobre las que ostentan aún amplias competencias como áreas en las que el Derecho de la Unión no puede penetrar y, en ese

[487] *Vid*, entre otros, Conclusiones del AG Y. Bot de 6 de marzo de 2012, Hungría c. Eslovaquia, C-364/10, apartado 34; Conclusiones del AG H. Saugmandsgaard de 4 de mayo de 2017, Erzberger, apartados 101-103.

[488] Un buen ejemplo sobre este pobre desarrollo argumentativo es apreciable en el asunto Hungría c. Eslovaquia. Nos referimos a un conflicto diplomático entre estos dos Estados miembros por el que Eslovaquia prohibió la entrada dentro de sus confines territoriales al Presidente húngaro por razón de la particular sensibilidad del día previsto para la visita. En concreto, este acto coincidía con la invasión militar de Checoslovaquia en 1968 por parte de los países del Pacto de Varsovia, entre ellas las tropas húngaras. En estas circunstancias, Eslovaquia citó la cláusula de la identidad para apoyar la idea de que un Jefe de Estado, en su condición de titular de la soberanía del Estado, solo puede viajar a otro Estado miembro con el conocimiento y acuerdo de este y, en consecuencia, no le resulta de aplicación la Directiva 2004/38 relativa a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión. Así pues, se trató de una mera referencia al precepto sin justificación alguna de su conexión con la identidad nacional y la aplicación al caso concreto. *Vid*. STJUE de 16 de octubre de 2012, Hungría c. Eslovaquia, C-364/10, apartado 35.

caso, sería constitutivo de una contravención del artículo 4.2 TUE. No es difícil apreciar en estas circunstancias claros indicios de un recurso a la identidad nacional con una motivación abusiva o espuria, que es fundamentalmente la de argüir una excepción a la aplicación del Derecho de la Unión. Por tanto, como hubiera sido predecible, todas estas sentencias fueron resueltas mediante una declaración de desestimación de la causa. En fin, insistimos en la idea de la relevancia de esta categoría jurisprudencial en la medida en que no refiere casos puntuales constitutivos de recurso infundado a la cláusula de identidad nacional, sino que es una estrategia procesal reiterada de los Estados miembros o de las partes procesales con una clara pretensión de sortear la aplicación del Derecho de la Unión desbordando ampliamente el sentido y finalidad de esta categoría jurídica.

CAPÍTULO TERCERO
IDENTIDAD NACIONAL EN PERSPECTIVA JUDICIAL: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

I. Introducción

El nacimiento del sistema jurídico de la Unión Europea comportó un verdadero desafío teórico debido a su separación de experiencias jurídicas precedentes que se regían por un secular binomio en virtud del cual todo ordenamiento presentaba una base estatal. Desde sus inicios, el proyecto de integración europea ha revelado su ambición de superar los tradicionales esquemas que distinguían dos figuras jurídicas claramente diferenciadas -Estado y organización internacional- para convertirse en una nueva realidad o *tertium genus* cuya consolidación ha requerido de sólidos fundamentos normativos[489]. En estas circunstancias, son aún manifiestas las tensiones entre los cimientos teóricos que sustentan los Estados miembros y aquellos que dan forma a una original construcción supranacional donde el principio de primacía ha ocupado, sin lugar a dudas, un lugar fundamental.

El Tribunal de Justicia ha desempeñado un papel central en la erección de este nuevo régimen jurídico y, a estos efectos, se ha servido de una actividad jurisdiccional de carácter constructivo y dinámico, que se ha concretado en el reconocimiento de principios propiamente constitucionales[490]. En este sentido, existe una visión unánimemente compartida en la doctrina sobre la caracterización de esta institución europea como «piedra angular»[491] o «motor de la integración»[492], que ha permitido un progresivo afianzamiento del proyecto común por causa de su intermediación. El Tribunal europeo se ha caracterizado por una defensa vehemente del orden jurídico de la Unión y, a este respecto, una de las manifestaciones más destacadas ha sido la elaboración de un sustrato teórico por el que se concibe a aquella como un ordenamiento jurídico autónomo que goza de una autoridad originaria[493]. Expresado en otros términos, a partir de su

---

[489] Con carácter general, sobre la naturaleza jurídica de la Unión, *vid*. DÍEZ-PICAZO, LUIS M., *La naturaleza de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009. En concreto, sobre su consideración como un tercer género o *tertium genus*, VON BOGDANDY, ARMIN, «Neither an International Organization nor A Nation State: The EU as a Supranational Federation», en JONES, ERIK, MENON, ANAND y WEATHERILL, STEPHEN (eds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

[490] En defensa del reconocimiento del carácter constitucional de los principios basilares del ordenamiento jurídico de la Unión, VON BOGDANDY, ARMIN, «Constitutional Principles», en VON BOGDANDY y BAST, JÜRGEN, *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2006, pp. 3-52.

[491] VITÓRINO, ANTONIO, «Introduction», en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2013, p. 1.

[492] VOSSKUHLE, ANDREAS, «"La integración europea a través del Derecho". La contribución del Tribunal Constitucional Federal (Alemán)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 107.

[493] STJCE de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, 26/62: «Que, por esas razones, ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un *nuevo ordenamiento jurídico* de Derecho internacional, a

reconocimiento como un poder originario, el Tribunal de Luxemburgo pretende, hasta cierto punto, desligar a la Unión de los Estados miembros en que se sitúan sus orígenes rechazando el carácter derivado o dependiente de aquella respecto de estos[494]. En todo caso, sería equivocado interpretar que mediante la autoafirmación de su autonomía el Tribunal de Justicia pretende establecer una estricta separación entre el plano estatal y supraestatal, sino que, más bien, constituye un intento de defender un marco jurídico compuesto o no unitario en el que el Derecho europeo no se vincula al Derecho nacional por una relación de subordinación[495]. En línea con la teoría del pluralismo constitucional, la configuración de este espacio constitucional común no responde adecuadamente a principios como la jerarquía o la subordinación, sino que el encaje entre el plano nacional y supranacional obedece de manera más satisfactoria a una relación basada en el reconocimiento mutuo de las respectivas autonomías y en una necesaria coordinación entre ellos.

Numerosos principios que se encuentran en la génesis de la integración europea no fueron incorporados en los Tratados originarios ni tuvieron acogida en los textos convencionales posteriores, sino que son un producto de la labor judicial. Entre tales principios, uno de los que ha permitido apuntalar más sólidamente dichas estructuras jurídicas europeas ha sido el conocido principio de primacía, que se ha erigido como una verdadera condición o «exigencia existencial de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados»[496].

Estas primeras líneas no tienen otro propósito que el de introducir el que va a ser el principal objeto de estudio de este capítulo: un análisis jurisprudencial de la identidad nacional desde la óptica nacional. De este modo, viene a completar el examen de dicha categoría desde una perspectiva judicial al sumarse a la aproximación europea abordada en el capítulo anterior. Desde un primer momento, puede ya advertirse cómo los órganos judiciales nacionales y europeos han elaborado distintos relatos sobre la concepción de la identidad nacional[497]. Estas narrativas se enmarcan en una problemática más amplia como es la relativa al reconocimiento del principio de primacía en el Derecho de la Unión

---

favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales;
Que, en consecuencia, *el Derecho comunitario, autónomo respecto de la legislación de los Estados miembros*, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio». La cursiva es nuestra.

[494] Respecto de la distinción conceptual entre autoridad originaria y autoridad derivada, *vid*. SCHILLING, THOMAS, «The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations», *Harvard International Law Journal*, núm. 37, 1996; WALKER, NEIL, «Late Sovereignty in the European Union», en WALKER, NEIL (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2006, p. 21.

[495] MAYER, FRANZ C., «Van Gend en Loos: The Foundation of a Community Law», en POIARES MADURO, MIGUEL y AZOULAI, LOÏC (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Treaty of Rome*, Hart, Oxford, 2010, pp. 20-21.

[496] DTC de 13 de diciembre de 2004, FJ 3 y 4; Conclusiones del AG M. Poiares Maduro de 21 de mayo de 2008, Arcelor, C-127/07, apartados 15-17.

[497] *Vid*. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *op.cit.*; KONSTANDINIDES, THEODORE, «Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement», *op.cit*.

Europea y la posterior reacción que ha suscitado en los ordenamientos jurídicos nacionales, que viene marcada por una jurisprudencia supranacional que ha pretendido dotar al mismo de un alcance muy amplio. Se impone necesariamente un estudio sobre este principio en la medida en que es posible entender que la defensa de la identidad nacional no es más que la última etapa cronológica de los obstáculos interpuestos por las jurisdicciones constitucionales nacionales a fin de no aceptar en su totalidad la mencionada primacía. En este sentido, una parte de la doctrina se ha preguntado si la identidad nacional puede comportar una modulación o flexibilización del principio de primacía, evidenciándose así la relevancia de un debate cuyas repercusiones puede incidir sobre la estabilidad del sistema jurídico europeo en su conjunto[498]. Llegados a este punto, es preciso observar que nuestra intención no es la de presentar un análisis exhaustivo del principio de primacía en cuanto tal. Más bien, lo que se pretende apuntar sus notas características a la luz de los principales trabajos doctrinales y de la jurisprudencia a fin de buscar su enlace y su acomodación con el otro principio en pugna: la identidad nacional.

II. Relación entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea: el principio de primacía

1. Caracterización general

El principio de primacía constituye, como es bien sabido, uno de los pilares sobre los que se asientan las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea[499]. Este principio no fue objeto de un reconocimiento explícito en los Tratados originarios -Tratado de la CECA (1951), Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica o Euratom (1957) y Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1957)-, sino que su consagración fue fruto de una sentencia posterior emanada del Tribunal de Luxemburgo. En particular, sus orígenes pueden situarse en el conocido asunto Costa c. ENEL resuelto en 1964[500], sin perjuicio de toda una jurisprudencia posterior que ha ido delimitando con mayor precisión su sentido y alcance.

---

[498] Entre aquellos autores que sostienen que la identidad nacional puede contribuir a superar una concepción absoluta del principio de primacía, *vid*., entre otros, BESSELINK, LEONARD F.M., «National and Constitutional Identity before and After Lisbon», *op.cit.*, pp. 47-49; VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1419. En defensa de la posición contraria, *vid*. CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anway?», *op.cit.*, pp. 220-221.

[499] Para un estudio general del principio de primacía, *vid*. ALTER, KAREN J., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001; CLAES, MONICA, «The Primacy of EU Law in European and National Law», en CHALMERS, DAMIAN y ARNULL, ANTHONY, *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2015; CRAIG, PAUL y BÚRCA, GRÁINNE DE, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 6ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 314-327.

[500] STJCE de 15 de julio de 1964, Costa c. ENEL, 6/64. *Vid*. PERNICE, INGOLF, «Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law», en POIARES MADURO, MIGUEL y AZOULAI, LOÏC (eds.), *The*

Los Estados miembros están obligados a cumplir el Derecho de la Unión y, en caso de contradicción entre una norma nacional y una normal supranacional, el principio de primacía impone a las autoridades estatales la aplicación de esta última en detrimento de la primera. Se trata, pues, de un mandato de inaplicación dirigido a todas las autoridades nacionales, que no se limita a aquellos órganos integrados en el poder judicial, sino que se extiende igualmente a todos los poderes del Estado con independencia de que se trate de un poder estatal, regional o local[501]. Debe precisarse que la constatación de una incompatibilidad entre una disposición nacional y otra supranacional no comporta de manera inmediata la inexistencia o invalidez de la norma nacional contradictoria[502]. Esta es una tarea reservada en exclusiva a la jurisdicción nacional a quien corresponde depurar el ordenamiento nacional de posibles antinomias derivadas de un contraste entre normas nacionales y europeas. Consecuentemente, corresponde al Derecho doméstico derogar, solo si existe una antinomia absoluta, o modificar, si la contradicción es parcial, la norma nacional contraria al Derecho de la Unión de acuerdo con su propio sistema interno en respeto a la autonomía institucional de los Estados miembros[503]. Así entendido, a un primer mandato de inaplicación se suma un segundo de invalidez por una exigencia básica de seguridad jurídica, que está dirigida a evitar posibles disonancias que dificulten la aplicación del Derecho de la Unión[504].

El asunto Costa c. ENEL no despejaba todas las posibles dudas que suscitaba la aplicación de este controvertido principio y, en este sentido, fueron posteriores pronunciamientos judiciales los que fueron perfilando todos sus contornos. Una década

---

Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Treaty of Rome, Hart, Oxford, 2010.

[501] STJCE de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, C-103/88, apartado 31: "Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una directiva (…) y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones". *Vid.* VERHOEVEN, MAARTJE, *The Costanzo Obligation. The Obligations of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law*, Intersentia, Cambridge, 2011.

[502] STJCE de 22 de octubre de 1998, Ministero delle Finanze c. IN.CO.GE.'90 Srl, asuntos acumulados 10/97 a 22/97, apartado 21: «Por consiguiente, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, de la sentencia Simmenthal, antes citada, no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de Derecho nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta».

[503] STJCE de 4 de abril de 1974, Comisión c. Francia, 167/73, apartados 41-48.

[504] Este doble mandato es igualmente denominado por una parte de la doctrina como efecto de exclusión y de sustitución. A este respecto, existe un complejo y rico debate en relación a la exigencia del requisito del efecto directo para que una norma supranacional produzca ambos efectos. En sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia más reciente hace depender esos dos efectos de que la norma de Derecho de la Unión goce de efecto directo. Por todas, *vid.* STJUE de 24 de junio de 2019, Popławski, C-573/17, apartados 61-62. Para un análisis en mayor profundidad, *vid.* LÓPEZ ESCUDERO, MANUEL, «Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 64, 2019, pp. 796-805.

más tarde, la sentencia Simmenthal impone esta obligación o mandato de inaplicación cualquiera que sea la relación temporal que medie entre las dos normas incompatibles y el resultado deberá ser siempre la prevalencia de la norma europea[505]. Dicho de otro modo, recae sobre el órgano judicial que constata la antinomia la obligación de inaplicar la norma nacional, ya sea esta anterior o posterior a la supranacional y, por tanto, haciendo inoperativa la regla *lex posterior derogat anterior*.

Asimismo, y no menos importante, en aras de garantizar la plena eficacia del entonces Derecho comunitario, se interpela a todos los órganos judiciales nacionales para que lleven a efecto esta labor de inaplicación de manera inmediata sin importar el concreto modelo judicial previsto en los ordenamientos nacionales para su depuración. O, si se prefiere, en palabras del propio Tribunal de Justicia en el asunto Simmenthal, «sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de estas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional»[506]. Se impone en la práctica desde la esfera supranacional un sistema de control difuso de comunitariedad que va a poner en cuestión el control concentrado de constitucionalidad preponderante entre los Estados de la Unión.

A los efectos de evidenciar la trascendencia constitucional de esta decisión judicial, nos permitimos recordar que el sistema de control concentrado de constitucionalidad es un modelo que goza de un enorme predicamento en el continente europeo[507], encomendado hasta aquel momento a los Tribunales Constitucionales nacionales que lo ejercían en régimen de monopolio y con efectos *erga omnes*[508]. Así pues, se confecciona un nuevo marco de relaciones entre los diferentes actores judiciales -Tribunales ordinarios, Tribunales Constitucionales y Tribunal de Justicia- que refuerza el vínculo o comunicación entre el primero y el último al tiempo que se asiste a un progresivo desplazamiento de la posición institucional de los Tribunales Constitucionales nacionales[509].

---

[505] STJCE de 8 de marzo de 1978, Simmenthal, C-103/77, apartado 21: «Que del conjunto de lo que antecede se desprende que los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación a toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria».
[506] *Ibid.*, apartado 24.
[507] *Vid*. FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Constitutional Courts and Democratics Values: a European Perspective*, *op.cit.*, pp. 3-5. De manera más general, sobre el nacimiento y desarrollo en el constitucionalismo europeo contemporáneo de un sistema de control de constitucionalidad de la ley, *vid.* CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
[508] *Vid.* CLAES, MONICA, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart, Oxford, 2006.
[509] Sobre las tensiones que esta jurisprudencia genera en las jurisdicciones constitucionales nacionales y, más concretamente, sobre modelo de control concentrado de constitucionalidad, *vid*. BOBEK, MICHAL «The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts», en CLAES, MONICA, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: actors, topics and procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012; KOMÁREK, JAN, «The Place of Constitutional Courts in the EU», *European Constitutional Law Review*, núm. 9, vol. 3, 2013.

2. Principio de primacía: carácter absoluto e incondicional

Esta caracterización general del principio de primacía adolece aún del rasgo sobre el que queremos concentrar nuestra atención como es el referente a su ámbito de aplicación y, más concretamente, sobre su prevalencia incluso sobre las Constituciones nacionales. En este sentido, la referencia jurisprudencial clásica es el asunto Internationale Handeslgesellschaft[510], que planteaba una posible incompatibilidad entre un Reglamento comunitario y una disposición de la Constitución alemana, que regulaban, respectivamente, el régimen de garantías financieras a la exportación y el derecho fundamental de propiedad (artículo 14 Ley Fundamental de Bonn). En el apartado clave de esta resolución judicial, el Tribunal de Justicia declaró:

> «que, en efecto, al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer *ninguna norma del Derecho nacional*, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma»[511].

Es así como a partir de la década de los años setenta del pasado siglo el Tribunal de Justicia ha venido declarando reiteradamente que la primacía del Derecho de la Unión se impone no sólo frente a toda norma o práctica legislativa, judicial o administrativa, sino también frente a las tradicionalmente consideradas como normas supremas del ordenamiento nacional. En consecuencia, se puede observar que la jurisprudencia europea no establece distinciones respecto del ámbito de aplicación de este principio según se contraponga a normas infra-legales o, por lo que aquí particularmente nos interesa, supra-legales. A este respecto, son conocidas las palabras de Weatherill para subrayar el carácter absoluto e incondicionado de este principio cuando afirma que «incluso la menor de las expresiones legislativas comunitarias se sitúa por encima de las más preciada norma constitucional»[512]. A todo ello debe sumarse el hecho de que se trata de una línea jurisprudencial que se viene afirmando desde sus inicios sin apreciarse prácticamente una flexibilización al respecto. Contamos con numerosos precedentes judiciales que ilustran tanto una posición de escasa deferencia del Tribunal de Justicia frente al rango constitucional de una norma como la progresiva consolidación del principio del principio de primacía con la declarada finalidad de asegurar la inmediata y total efectividad del Derecho de la Unión en los ordenamientos domésticos.

Es posible cuanto menos hacer referencia, por un lado, a dos casos paradigmáticos respecto al primero de los extremos enunciados, esto es, una actitud no suficientemente deferente del Tribunal de Luxemburgo frente a la naturaleza jurídica de las Cartas magnas europeas. Por otra parte, un segundo grupo de casos aparece integrado por un conjunto muy heterogéneo de sentencias, si bien todas ellas presentan el rasgo común de asegurar

---

[510] STJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft,11/70.
[511] *Ibid.*, apartado 3. La cursiva es nuestra.
[512] WEATHERILL, STEPHEN, *Law and Integration in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 106.

que el principio de primacía permanezca prácticamente incólume y, a estos efectos, se expresa a través de muy diferentes manifestaciones de las relaciones entre el Derecho nacional y el supranacional. De entrada, es preciso conceder que el análisis que sigue no aspira a presentar una relación jurisprudencial exhaustiva sobre esta cuestión, que exigiría un análisis muy extenso sobre el particular[513]. En cualquier caso, se presenta un estudio que se detiene sobre los principales hitos de la jurisprudencia europea y que es suficientemente elaborado como para poder sostener la idea principal de que las sentencias del Tribunal de Justicia han ido moldeando un principio de primacía que se caracteriza por ser absoluto e incondicionado.

2.1. Primacía sobre Constitucionales nacionales y resoluciones judiciales de los Tribunales Constitucionales

Un primer ejemplo paradigmático de la falta de sensibilidad hacia las Constituciones nacionales por parte de la jurisprudencia europea relativa al alcance de la primacía es la sentencia Kreil[514]. Este asunto situaba al Tribunal de Justicia ante una delicada encrucijada consistente en ofrecer respuesta a una colisión entre una norma constitucional y otra de Derecho derivado. En concreto, se trataba de enjuiciar la compatibilidad del artículo 12 a), apartado 4, de la Ley Fundamental de Bonn[515] con la Directiva 76/207/CEE relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral. El Tribunal de Justicia concluyó que una exclusión total de las mujeres de cualquier empleo militar que implicase el uso de armas no estaba comprendida entre las diferencias de trato permitidas por la mencionada directiva, haciendo así prevalecer esta norma de Derecho derivado frente a la Constitución alemana[516]. No puede en absoluto minusvalorarse el impacto de esta sentencia en el ordenamiento nacional visto que, ese mismo año en que dicha resolución judicial fue dictada, se aprobó una reforma constitucional -que no ha sido considerada por la doctrina como «imprescindible», aunque sí «altamente conveniente»- a fin de superar la incompatibilidad apreciada por la Corte de Luxemburgo[517].

---

[513] Para un estudio general de la evolución reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación al principio de primacía, *vid*. LÓPEZ ESCUDERO, MANUEL, «Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE», *op.cit.*

[514] STJCE de 11 de enero de 2000, Tanja Kreil, C-285/98. *Vid*. TRYBUS, MARTIN, «Sister in Arms: EU Law and Sex Equality in the Armed Forces», *European Law Journal*, núm. 9, vol. 5, 2003.

[515] Artículo 12 a), apartado 4, Ley Fundamental de Bonn de 1949: «Cuando en el caso de defensa no pudieran cubrirse sobre una base voluntaria las necesidades de servicios civiles en el sector sanitario civil, así como en los hospitales militares establecidos, podrán ser obligadas, por ley o en virtud de una ley, a cumplir tales servicios las mujeres que hayan cumplido dieciocho años y tengan menos de cincuenta y cinco. *En ningún caso las mujeres podrán ser obligadas a prestar servicio con las armas*». La cursiva es nuestra.

[516] STJCE de 11 de enero de 2000, Tanja Kreil, C-285/98, apartados 31-32.

[517] Como resultado de la reforma constitucional operada sobre la Ley Fundamental de Bonn, el nuevo artículo 12 permite a las mujeres acceder voluntariamente y sin limitaciones al ejército alemán. *Vid*.

En términos semejantes se resolvió años más tarde el asunto Michaniki en el que se ponía de nuevo de relieve la sensible cuestión de cómo dar respuesta a un conflicto en caso de incompatibilidad entre una Constitución nacional y una disposición de Derecho secundario[518]. En este caso, existían dudas sobre cómo conciliar el artículo 14.9 Constitución de Grecia, que establecía una excepción por la que prohibía que determinados sujetos pudieran ser parte en procedimientos de contratación administrativa, y la Directiva 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. El Tribunal de Justicia rechazó dicha excepción constitucional por considerar que la existencia de una presunción absoluta de incompatibilidad de determinados sujetos para participar en un procedimiento de contratación pública no era conforme al principio de proporcionalidad[519]. La doctrina ha observado que, de nuevo, la Corte de Luxemburgo ha aplicado el principio de primacía «hasta sus últimas consecuencias» sin que en ningún momento se valore el hecho de que está en juego un precepto constitucional, habiéndose augurado una futura reforma constitucional para solventar la contradicción latente[520]. Para terminar, llama la atención el contraste entre estas dos sentencias del Tribunal europeo y las respectivas conclusiones formuladas por los Abogados generales en cada uno de ellos, que avanzaban una posición notablemente más considerada en relación al especial estatuto jurídico de las Constituciones nacionales[521].

Con el paso del tiempo, este razonamiento se va a extender no solo frente a disposiciones recogidas expresamente en las Constituciones nacionales, sino igualmente frente a normas parlamentarias a las que las Constituciones otorgan rango constitucional[522], así como a las resoluciones judiciales emanada de los Tribunales Constitucionales[523]. Como ya sabemos, el alcance de la primacía no se restringe a las normas nacionales, sean o no constitucionales, sino igualmente las resoluciones judiciales, provengan de la jurisdicción ordinaria o constitucional. Se configura así un

---

MARTÍN VIDA, MARÍA Á., «La reforma del artículo 12*a* de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia "Kreil" del Tribunal de Justicia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, 2006.

[518] STJCE de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07. Cabe señalar que existe un precedente muy semejante a este asunto que concernió igualmente a la República de Grecia. En este caso, el conflicto se concretó en una posible contradicción entre el artículo 16 de la Constitución griega que impone que la educación universitaria solo puede ser impartida por instituciones públicas y la Directiva 89/48/CEE de reconocimiento de títulos de enseñanza superior. No obstante, existe una diferencia fundamental entre este litigio y el asunto Michaniki debido a que en el primer supuesto el Consejo de Estado no llegó a elevar una cuestión prejudicial. *Vid*. MAGANARIS, EMMANUEL, «The Principle of Supremacy of Community Law - The Greek Challenge», *European Law Review*, núm. 23, vol. 2, 1998.

[519] STJCE de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, apartado 69.

[520] SANTAMARÍA DACAL, ANA, «Una reflexión más sobre la primacía del derecho comunitario con ocasión de la sentencia *Michaniki* y a la luz del Tratado de Lisboa», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 30, 2009, pp. 225 y 231.

[521] Conclusiones del AG A. La Pergola de 26 de octubre de 1999, Tanja Kreil, C-285/98, apartados 27-31; Conclusiones del AG M. Poiares Maduro de 8 de octubre de 2008, Michaniki, C-213/07, apartados 1 y 33.

[522] STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09.

[523] En términos más precisos, Sarmiento ha ampliado su alcance igualmente a normas parlamentarias y administrativas, actos públicos y privados, convenios colectivos y acuerdos internacionales firmados por los Estados miembros con Estados terceros con anterioridad a 1958 o a la adhesión a la Unión (artículo 351 TFUE), *vid*. SARMIENTO, DANIEL, *El Derecho de la Unión Europea*, *op.cit.*, pp. 336-343.

«control de comunitariedad o europeidad»[524] de las resoluciones judiciales impuesta por la conjunción de la sentencia Simmenthal y, más específicamente, de la decisión Rheinmühlen I[525].

A este respecto, el asunto Cordero Alonso es un caso emblemático de la extensión del principio de primacía frente a las resoluciones judiciales de los Tribunales Constitucionales[526]. Un juez nacional elevó una cuestión prejudicial ante la existencia de divergencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la del Tribunal de Justicia en relación a la interpretación del principio de igualdad y no discriminación, que es evidentemente un principio común a ambos ordenamientos. El Tribunal de Luxemburgo declaró la incompatibilidad de una jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional sobre esta materia con el Derecho comunitario y, más concretamente, impuso una interpretación más estricta de ese principio que la considerada por la jurisdicción constitucional española[527]. En pocas palabras, y previo recordatorio de la sentencia Simmenthal y de la autonomía del ordenamiento comunitario, dispuso la inaplicación de la norma nacional (artículo 33 del Estatuto de Trabajadores) en los términos que la misma había sido interpretada por el Tribunal Constitucional por no ser conforme con la lectura que a ese principio le había dado el Tribunal europeo. A resultas de esta decisión, se ha advertido cómo de manera progresiva este órgano judicial ha procedido a una «apropiación parcial» de la interpretación *iusfundamental* en el contexto judicial europeo[528].

En este misma línea, también es oportuno citar el asunto Landtová en el que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre las pensiones exigibles por los ciudadanos

---

[524] *Vid*. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN I., «El control de comunitariedad de las resoluciones jurisdiccionales y el límite de la identidad constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 59, 2016.

[525] STJCE de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen I, 166/73. En palabras del AG P. Cruz Villalón, «Rheinmühlen I introducía así una suerte de control descentralizado de comunitariedad no frente a normas, sino frente a resoluciones judiciales». Conclusiones del AG P. Cruz Villalón de 10 de junio de 2010, Elchinov, C-173/09, apartado 21.

[526] STJCE de 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso, C-81/05, apartado 41: «Dado que el principio general de igualdad y de no discriminación es un principio de Derecho comunitario, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. Ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por el ordenamiento jurídico interno». Otra sentencia más reciente que confirma esta misma línea jurisprudencial es el asunto Rosado Santana, STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10. Para un análisis más profundo de la primera de las dos decisiones judiciales aludidas, *vid.* ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, FERNANDO, "El sistema multinivel de protección de derechos fundamentales. Un análisis desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en CARMONA CONTRERAS, ANA (ed.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*", Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 118; PUEBLA PINILLA, ANA de la, «Indemnizaciones por despido y FOGASA: divergencias con la doctrina comunitaria (Comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto Cordero Alonso)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 20, 2006.

[527] Respecto de la jurisprudencial constitucional española sobre este particular que entra en conflicto con la supranacional, *vid.* STC 306/1993 de 25 de octubre de 1993.

[528] MARTINICO, GIUSEPPE, «The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law», *German Law Journal*, núm. 16, vol. 6, 2015, pp. 1358-1359.

eslovacos en el marco del complejo proceso de disolución de la antigua Checoslovaquia y el surgimiento de dos nuevos Estados soberanos (República Checa y Eslovaquia)[529]. Este contencioso alumbró una acerada disputa entre el Tribunal Constitucional de la República Checa y el Tribunal Supremo Administrativo que, ante la oposición a la solución interpretativa ofrecida por la jurisdicción constitucional, decidió elevar una cuestión prejudicial para conocer la compatibilidad de la misma con el Derecho supranacional. En estas circunstancias, el Tribunal de Luxemburgo se vio obligado a dar respuesta a un conflicto inicialmente interno que fue trasladado el ámbito supranacional por el que terminó respaldando la posición del Tribunal Supremo al tiempo que socavaba indirectamente la autoridad interpretativa del Tribunal Constitucional debido al rechazo de una jurisprudencia constante del mismo relativa al principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Así las cosas, estos casos ponen de manifiesto la existencia de un control del Tribunal europeo sobre resoluciones de la jurisdicción constitucional que, por ende, resultan igualmente sometidas al ámbito de aplicación del principio de primacía.

2.2. Evolución jurisprudencial: consolidación del principio de primacía

Este segundo grupo de decisiones judiciales se integra por una serie muy diversa de sentencias, pero que, en todo caso, contribuyen todos ellos a respaldar la idea de que el Tribunal de Justicia ha moldeado a través de su jurisprudencia un principio de primacía especialmente resistente frente a las particularidades constitucionales de los Estados miembros. A estos efectos, abordaremos tres fenómenos concretos en los que se puede apreciar esa dinámica judicial: doble prejudicialidad, suspensión de los efectos de las resoluciones judiciales de los Tribunales Constitucionales y autoridad de las sentencias de los máximos intérpretes de la Constitución. Estas sentencias revelarán, en términos generales, una consolidación de la primacía, aunque también podrán observarse pequeños signos de apertura que matizan o flexibilizan ligeramente su aplicación.

2.2.1. Doble prejudicialidad

Por doble prejudicialidad nos referimos a aquella situación procesal en la que el juez nacional competente para conocer de un asunto alberga dudas acerca de si una norma aplicable al caso puede ser susceptible de entrar simultáneamente en contradicción con la Constitución nacional y el Derecho de la Unión[530]. En tales casos, el órgano judicial puede

[529] STJUE de 22 de junio de 2011, Landtová, C-399/09. Para un análisis de esta sentencia y su posterior recepción por parte de la jurisdicción nacional, *vid.* BOBEK, MICHAL, «Landtovà, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Ruling Procedure», *European Constitutional Law Revie*w, núm. 10, vol. 1, 2014.

[530] *Vid*. CRUZ VILLALÓN, PEDRO y REQUEJO PAGÉS, JUAN L., «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50,

encontrarse en una situación particularmente compleja ante la eventualidad de estar investido no sólo de una facultad de elevar al propio tiempo una cuestión de constitucionalidad y una cuestión prejudicial, sino incluso sometido a una doble obligación o «doble lealtad» para el caso de tratarse de Juzgados o Tribunales frente a los que no cabe ulterior recurso de Derecho interno[531]. A partir del asunto Mecanarte[532], el Tribunal de Justicia se ha pronunciado con rotundidad sobre este particular, sin perjuicio de que posteriores pronunciamientos hayan terminado de precisar la postura de este órgano jurisdiccional ante este tipo de conflictos[533]. En pocas palabras, el Tribunal de Luxemburgo estableció con claridad que, incluso en el caso de que existiera una obligación a cargo de los Tribunales nacionales de plantear una cuestión de constitucionalidad y aun cuando se otorgara prioridad a estas acciones procesales de acuerdo con el Derecho interno, esto no podía en ningún caso ser un obstáculo que impidiera a dichos órganos judiciales ejercitar su derecho a formular la petición de cuestión prejudicial en todo momento.

Junto con otras decisiones judiciales previamente apuntadas, esta sentencia se suma a una serie de pronunciamientos que van a provocar un innegable impacto en la arquitectura judicial compuesta de la Unión. Todos ellos redundan en una situación de desplazamientos de los Tribunales Constitucionales nacionales a raíz de un debilitamiento de las funciones tradicionalmente asignadas a los mismos de acuerdo con sus respectivos diseños constitucionales. En tales circunstancias, diversos ordenamientos nacionales, como es el caso de Austria, Bélgica o Francia, adoptaron iniciativas con el objeto de reaccionar frente a un posible riesgo de descentralización judicial en perjuicio de las Cortes Constitucionales, si bien acudiendo cada uno de ellos a vías distintas para alcanzar el mismo fin[534]. En este sentido, por razón de su claridad y de la influencia que ha tenido en toda Europa el posterior pronunciamiento del Tribunal de Justicia, es oportuno examinar el caso francés por el que se pretendió otorgar prioridad a la cuestión de constitucionalidad en detrimento de la cuestión prejudicial por medio de una reforma constitucional operada en el año 2008. Con posterioridad esa reforma, el Tribunal de Luxemburgo tuvo la oportunidad de examinar la compatibilidad de la conocida como *question prioritaire de constitutionalité* con el Derecho de la Unión en la sentencia Melki

---

2015; JIMENA QUESADA, LUIS, «La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos», T*eoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

[531] MARTINICO, GIUSEPPE, «Multiple loyalties and dual preliminarity: The pains of being a judge in a multilevel legal order», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 10, vol. 3, 2012, p. 862.

[532] STJCE de 27 de junio de 1991, Mecanarte, C-348/89, apartado 46.

[533] STJCE de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08, apartado 81; STJUE de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci, C-555/07, apartados 52-56.

[534] Para un estudio comparado de tales iniciativas en cada uno de los Estados miembros referidos, *vid*. BOSSUYT, MARC Y VERRIJDT, WILLEM, «The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment», *European Constitutional Law Review*, núm. 7, vol. 3, 2011; PARIS, DAVIDE, «Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU», *European Constitutional Law Review*, núm. 11, vol. 2, 2015.

y Abdeli[535]. Por medio de esa decisión se estimó que no existía contradicción entre ambas y, en consecuencia, era posible mantener la prioridad del mecanismo procesal nacional, si bien sometido al cumplimiento de tres requisitos: la libertad del tribunal nacional para solicitar en cualquier momento la cuestión prejudicial, la posibilidad de adoptar en todo momento medidas provisionales que garanticen los derechos conferidos por el Derecho de la UE y permitir al tribunal ordinario declarar la inaplicación de la norma controvertida en cualquier fase del procedimiento, incluso después de que se haya pronunciado el Tribunal Constitucional y cualquiera que sea el sentido de su pronunciamiento[536]. En todo caso, el Tribunal de Luxemburgo exigió un ulterior requisito por el que se impone una prioridad irrestricta de la cuestión prejudicial para el caso de que el control constitucional se efectúe en relación a una norma nacional por la que se traspongan disposiciones imperativas de una directiva[537]. En tal caso, se impone la preferencia de la prejudicial europea a fin de evitar que el control constitucional pueda derogar la norma interna antes de que sea valorada por la jurisdicción supranacional.

Una parte de la doctrina ha considerado que en virtud de esta decisión judicial el Tribunal de Justicia admite una «limitación a su dogma de la primacía en favor del Derecho Constitucional francés»[538] en la medida en que el control de constitucionalidad puede causar un cierto retraso en la inmediatez del control del Tribunal de Luxemburgo de acuerdo con el parámetro del Derecho de la Unión[539]. En cambio, hay otro sector académico, al que nos sumamos, que valora más críticamente este fallo. Así pues, interpreta que el cuarto requisito antes mencionado no puede interpretarse como una mera confirmación de la jurisprudencia supranacional previa relativa a la potestad jurisdiccional exclusiva de controlar la validez del Derecho de la Unión -y, singularmente, Foto-Frost[540]-, sino una profundización de la misma. En concreto, esta sentencia comporta una expansión de su jurisprudencia precedente al ampliar el alcance de las facultades de control de la jurisdicción europea, que se extienden ya no solo a una norma de Derecho de la Unión, sino incluso a normas nacionales de implementación de Derecho derivado[541]. De este modo, se evidencia una pérdida de exclusividad de la jurisdicción constitucional para llevar a cabo un control de normas nacionales de implementación[542].

---

[535] STJUE de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10. *Vid*. DYEVRE, ARTHUR, «The *Melki* Way: The *Melki* Case and Everything You Always Wanted to Know About French Judicial Politics (but Were Afraid to Ask)», en CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2013; SARMIENTO, DANIEL, «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la UE», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 37, 2011.
[536] STJUE de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, apartados 52-53.
[537] *Ibid.*, apartados 54-56.
[538] EIJSBOUTS, WILLEM T. y REESTMAN, JAN-HERMAN, «The Dance of Justice», *European Constitutional Law Review*, núm. 9, vol. 1, 2013, p. 2.
[539] BOSSUYT, MARC Y VERRIJDT, WILLEM, «The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment», *op.cit.*, p. 377.
[540] STJCE de 22 de octubre de 1987, 314/85, Foto-Frost.
[541] BOBEK, MICHAL, «The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts», *op.cit.*, pp. 297-298.
[542] *Ibidem*.

Por todo ello, a nuestro modo de ver, aunque formalmente pueda interpretarse como una limitación menor de la primacía europea, en la práctica la posibilidad de que el Derecho de la Unión admita la prioridad de un recurso constitucional estará siempre supeditada al condicionante de que el mismo no ponga en riesgo la plena efectividad del Derecho de la Unión, negándose incluso toda preferencia cuando estén en juego normas nacionales que implementen el Derecho secundario.

2.2.2. Suspensión de los efectos de las resoluciones judiciales de los Tribunales Constitucionales

En segundo lugar, esta misma lógica está presente en otro conjunto de casos que se refieren a la facultad que tienen atribuida algunos Tribunales Constitucionales para suspender temporalmente una decisión judicial propia por la que declaran la inconstitucionalidad de una norma. Se trata de una técnica que pretende conceder al legislador la posibilidad de depurar el ordenamiento derivado de la declaración de inconstitucionalidad de una norma conjurando los posibles perjuicios que tendría la aplicación inmediata de una sentencia judicial. En caso de aceptarse esta práctica, se presenta un posible conflicto ante los Tribunales ordinarios en la medida en que su aplicación puede comportar una atenuación del principio de primacía en caso de que, constatándose una contradicción entre una norma nacional y una norma supranacional, no puedan cumplir con su obligación de proceder a su inaplicación. Dicho de otro modo, los órganos judiciales se enfrentan a dos mandatos, derivados cada uno de ellos del Derecho nacional y del Derecho de la Unión, que pueden entrar en colisión y que son difícilmente conciliables sin que al menos uno de ellos sea modulado parcialmente.

Esta hipótesis de conflicto llegó a la consideración del Tribunal de Justicia, ofreciéndole una nueva ocasión para reiterar su doctrina reiterada sobre el principio de primacía. Esta línea jurisprudencial fue aclarada por primera vez en el asunto Filipiak[543] y, menos de un año más tarde, fue confirmada por la sentencia Winner Wetten[544] en un caso en el que se planteaba exactamente la misma problemática. Amparándose en el respeto del principio de primacía, el Tribunal de Luxemburgo estimó en ambos casos que la suspensión de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad no podía poner igualmente en pausa las facultades de los Tribunales ordinarios de inaplicar la norma controvertida con carácter inmediato[545]. Asimismo, no parece que influyera suficientemente en el juicio del Tribunal europeo la consideración de que las normas nacionales controvertidas estuvieran a punto de ser expulsadas de los respectivos ordenamientos nacionales, lo que viene a redundar en la rigidez de esta doctrina[546].

---

[543] STJUE de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08.
[544] STJUE de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06.
[545] STJUE de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08, apartado 85; STJUE de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, apartado, 60.
[546] BOBEK, MICHAL, «The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts», *op.cit.*, p. 295.

En rigor, el asunto Winner Wetten admitía, con carácter excepcional, la posibilidad de suspender de manera provisional una norma declarada inconstitucional, si bien debían concurrir consideraciones imperiosas de seguridad jurídica cuya apreciación correspondían al Tribunal de Justicia[547]. No obstante, se denegó en ese caso la suspensión de efectos requerida por el Tribunal de remisión por no concurrir tales consideraciones imperiosas de seguridad jurídica en el caso de autos. Con base en este rechazo, hubo una parte de la doctrina que interpretó que la Corte de Luxemburgo negaba con carácter general la suspensión temporal de efectos de una norma declarada simultáneamente contraria al Derecho de la Unión y al Derecho Constitucional alemán. Sin embargo, una jurisprudencia posterior ha terminado por demostrar la modulación de la primacía en este tipo de supuestos, si bien aparece configurada como una excepción y, por tanto, debe interpretarse restrictivamente[548]. Junto con él, el único otro obstáculo a dicho principio sería una jurisprudencia de largo recorrido que reconoce que la primacía no opera frente a sentencias que gozan del efecto de cosa juzgada[549], aunque incluso ese límite no está exento de excepciones que restringen significativamente su eficacia[550].

2.2.3. Debilitamiento de la autoridad de las sentencias de los máximos intérpretes de la Constitución

En tercer lugar, analizaremos el uso de la cuestión prejudicial como mecanismo para poner en cuestión la autoridad de las decisiones de los Tribunales Constitucionales. En el asunto Križan concurrían dos circunstancias que hicieron al Tribunal Supremo de Eslovaquia dudar sobre si subsistía la obligación de elevar una cuestión prejudicial: la exigencia del Derecho doméstico de someterse a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, la incompatibilidad de un resolución de este último Tribunal con el Derecho de la Unión[551]. El Tribunal de Justicia declaró que, en el marco de una cuestión prejudicial, los Tribunales Supremos nacionales no tienen que respetar las decisiones de los Tribunales Constitucionales si valoran que las mismas pudieran ser contrarias al Derecho de la Unión[552]. Previamente, el Tribunal de Justicia había resuelto que se oponía a que un Tribunal ordinario al que corresponde resolver un asunto remitido por un órgano jurisdiccional superior ante el que se interpuso casación estuviese vinculado por las valoraciones jurídicas de este último en caso de que aquel estimara que

[547] STJUE de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, apartado 66.
[548] STJUE de 28 de febrero de 2012, Inter-Environment Wallonie, C-41/11, apartado 33; STJUE de 28 de julio de 2016, Association France Nature Environment, C-379/15, apartado 43.
[549] *Vid.*, por todas, STJCE de 13 de enero de 2004, Kuhne & Heitz, C-453/00, apartado 24; STJCE de 13 de enero de 2004, Kuhne & Heitz, C-453/00, apartado 21.
[550] Entre otras excepciones, sobresale la jurisprudencia Lucchini que declara la inaplicabilidad de la primacía frente a sentencias que disfruten del efecto de cosa juzgada cuando supongan un obstáculo a la recuperación de una ayuda de Estado concedida infringiendo el Derecho de la Unión. *Vid*. STJCE de 18 de julio de 2007, Lucchini, C-119/05.
[551] STJUE de 15 de enero de 2013, Križan, C-416/10.
[552] *Ibid.*, apartado 72.

las mismas no son conformes con el Derecho de la Unión[553]. En este caso, la novedad del asunto se debe al hecho de que otorga una mayor concreción a la jurisprudencia apenas citada para hacerla oponible frente a las resoluciones judiciales provenientes de los Tribunales Constitucionales domésticos.

A la luz de este recorrido jurisprudencial, es posible defender fundadamente que el principio de primacía del Derecho de la Unión presenta, tal y como hemos avanzado, un carácter absoluto e incondicionado. El Tribunal de Justicia ha hecho uso de su condición de máximo intérprete del Derecho supranacional a los efectos de consolidar este principio, admitiendo escasas excepciones y de muy limitado alcance que, en ningún caso, presentan la entidad suficiente como para desvirtuar sustancialmente la anterior afirmación. En opinión de Claes, «la primacía europea es tan absoluta e incondicionada como lo era cuando fue proclamada por primera vez por el Tribunal de Justicia en la década de los sesenta y setenta», sin que ni posteriores desarrollos normativos y judiciales ni tampoco doctrinales «hayan alterado esencialmente este principio»[554]. En efecto, la jurisprudencia posterior a su proclamación a partir del asunto Costa c. ENEL es reveladora de una voluntad del Tribunal de Justicia de imponer dicho principio en muy diferentes manifestaciones con el propósito -por lo general abiertamente declarado- de evitar cualquier obstáculo normativo de naturaleza constitucional a la plena efectividad del Derecho de la Unión. Desde el prisma de los Estados miembros, las críticas a este planteamiento pueden comprenderse sin dificultades a partir de la circunstancia de que toda esta construcción jurisprudencial se ha ratificado con el paso de las décadas sin prestar en ocasiones una suficiente atención a consideraciones básicas de índole constitucional.

III. Principio de primacía: recepción en los ordenamientos nacionales

1. Introducción

La asunción del principio de primacía por parte de los Estados miembros se encuentra en el origen de una peculiar tensión constitucional que ha tenido como principales protagonistas a los Tribunales Constitucionales nacionales y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, su aceptación no ha sido pacífica y una aproximación a la jurisprudencia constitucional de los distintos Estados miembros a lo largo de las décadas revela una marcada resistencia a admitir dicho principio en toda su extensión[555]. En la actualidad, los Tribunales nacionales reconocen, con la excepción de

[553] STJUE de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, C-166/73; STJCE de 16 de diciembre de 2008, Cartesio, C-210/06; STJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09.
[554] CLAES, MONICA, «The Primacy of EU Law in European and National Law», *op.cit.*, pp. 179-180 y 211.
[555] *Vid*. CLAES, MONICA, *The National courts' mandate in the European Constitution*, *op.cit.*; KUMM, MATTIAS, «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, núm. 11, vol. 3, 2005.

apenas un par de Estados miembros[556], la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional en términos sumamente amplios. Sin embargo, el reconocimiento de ese principio no es absoluto, esto es, no se extiende a la totalidad del texto de las Constituciones nacionales. En consecuencia, el alcance de este principio difiere según el punto de vista desde el que se observe, ya sea nacional o supranacional. En rigor, debe precisarse que la primacía del Derecho de la Unión no genera siempre una cierta oposición en todos los ordenamientos nacionales cuando la misma aspira a prevalecer sobre los textos constitucionales. En concreto, esta es aceptada sin particulares obstáculos en algunos Estados miembros en toda o prácticamente toda su extensión -aun siendo minoritarios y existiendo diferencias notables entre unos otros[557]-, siendo paradigmático el caso de los Países Bajos en atención a su grado de apertura al Derecho Internacional y, en particular, al Derecho de la Unión[558].

Una clara muestra de las dificultades experimentadas por parte de los Estados miembros para reconocer una visión omnicomprensiva de la primacía del Derecho de la Unión se aprecia en la ausencia de ese principio en los Tratados constitutivos que, a fin de cuentas, son el reflejo del acuerdo interestatal. Tras varias décadas de silencio por parte del Derecho originario, a comienzos del presente siglo una cláusula de primacía fue incorporada en el artículo I-6 de la Constitución europea que dispuso que:

> «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros».

No obstante, con posterioridad al fracaso del Tratado Constitucional -como consecuencia del rechazo a su ratificación expresado en los referéndums celebrados en Francia y en los Países Bajos en el año 2005-, esta disposición fue eliminada del Tratado de Lisboa. Esta decisión fue el resultado de lo acordado en Consejo Europeo celebrado unos meses antes de su aprobación y estuvo motivada por la voluntad de despojar al nuevo Tratado de todo carácter constitucional[559]. En cualquier caso, la citada cláusula fue reemplazada por la vigente Declaración núm. 17 relativa a la primacía aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa que dicta que:

---

[556] No se admite el principio de primacía en Polonia y en Lituania, que han expresado sus reticencias a través de pronunciamientos dictados por parte de sus respectivos Tribunales Constitucionales. *Vid*. STC de Polonia de 11 de mayo de 2005, K18/04; STC de Lituania de 14 de marzo de 2006, asuntos acumulados 17/02, 24/02, 06/03 y 22/04. *Vid.* VON BOGANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1433 (véase también la nota al pie núm. 76).

[557] Este es el caso de Estados miembros como Chipre, Estonia, Irlanda y los Países Bajos. *Vid*. CLAES, MONICA, «The Primacy of EU Law in European and National Law», *op.cit.*, pp. 193-195.

[558] *Vid*. BESSELINK, LEONARD, «Constitutional Adjudication in the Era of Globalization: The Netherlands in Comparative Perspective», *European Public Law*, núm. 18, vol. 2, 2012; WITTE, BRUNO DE, «Do not Mention the Word: Sovereignty in Two Europhile Countries: Belgium and the Netherlands», en WALKER, NEIL (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003.

[559] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, 21-22 de junio de 2007, Anexo I, 11177/1/07 REV 1, pp. 15-27.

«La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.

Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260)».

De todos modos, el tímido reconocimiento del principio de primacía en esta Declaración, acompañado de un Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo[560], está lejos de poner fin a esta cuestión. Ciertamente, se trata de una cláusula expresa sobre la que los Estados miembros han prestado su consentimiento de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales y, además, supone un sometimiento a dicho principio en los términos expresados por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. No obstante, la misma está revestida de una cierta ambigüedad dado que se afirma la primacía sobre «el Derecho de los Estados miembros» -o, más claramente en la versión inglesa, «*primacy over the law of the Member States*»- lo que no disipa completamente las dudas sobre si la prevalencia incluye a los textos constitucionales[561]. En todo caso, lo cierto es que, como era previsible, esta Declaración no ha comportado con posterioridad una renuncia a una consolidada doctrina judicial mantenida por algunas jurisdicciones constitucionales en virtud de la cual aún defienden un reducto constitucional último resistente a la primacía.

En suma, se puede observar que existen dos narrativas[562] o, en palabras de Weiler, una visión «bidimensional»[563] del principio de primacía según nos aproximemos al mismo desde la óptica nacional o supranacional. En puridad, podría incluso sostenerse que no existen tan solo dos aproximaciones, sino una supranacional y una pluralidad de versiones nacionales de las que son un claro reflejo los diversos pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales nacionales. En defensa de esta apreciación, Claes ha llegado a afirmar que «existen tantas concepciones de la primacía como Estados miembros hay»[564]. Se han impuesto dos relatos que, si bien no son tan distantes, presentan diferencias significativas que se evidencian fundamentalmente en diferentes posicionamientos teóricos por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la Unión (autoridad originaria o derivada), a la relación de la misma con los ordenamientos

---

[560] «Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

[561] CRAIG, PAUL y BÚRCA, GRÁINNE DE, *EU Law: Text, Cases and Materials, op.cit.*, 274-275.

[562] POIARES MADURO, MIGUEL, «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en WALKER, NEIL (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003, p. 502.

[563] WEILER, JOSEPH H.H., «The Community System: The Dual Character of Supranationalism», *Yearbook of European Law*, núm. 1, vol. 1, 1981, pp. 275-276; WEILER, JOSEPH H.H., "The Transformation of Europe", *Common Market Law Review*, núm. 26, 1989.

[564] CLAES, MONICA, «The Primacy of EU Law in European and National Law», *op.cit.*, p. 199.

jurídicos nacionales (monismo o dualismo) y los principios que la rigen (primacía absoluta o relativa).

En consecuencia, se puede afirmar que la primacía, aun siendo uno de los principios nucleares del Derecho de la Unión revelador de un diseño jurídico único y sin precedentes en el ámbito comparado, sigue, a día de hoy, siendo objeto de contestación en los exactos términos en que ha sido configurado por el Tribunal de Justicia. Y esta no es una cuestión menor porque dado el sistema jurídico de la Unión -y, muy particularmente, su incompleta arquitectura judicial-, aquel se encuentra en una situación de clara dependencia de los ordenamientos jurídicos nacionales a los efectos de asegurar la efectividad del Derecho supranacional. En todo caso, no está demás precisar que existe una marcada dualidad entre la teoría y la práctica en la medida en que si bien subsisten posiciones doctrinales y jurisprudenciales contrapuestas sobre cada uno de los tres puntos apenas citados, lo cierto es que apenas surgen conflictos en el terreno de la aplicación de este principio. Dicho esto, aun siendo cuantitativamente escasos tales enfrentamientos en la práctica, no es menos cierto que los mismos pueden adquirir una importancia cualitativa por razón de que su aplicación puede potencialmente llegar a comprometer las propias normas constitucionales y la autoridad de las máximas jurisdicciones nacionales.

En particular, puede apreciarse una oposición estatal que se apoya en la identidad nacional como un instrumento jurídico en manos de las jurisdicciones constitucionales frente a una visión expansiva del principio de primacía -y, en términos más generales, de la propia integración europea- más allá de lo considerado deseable por las Cortes Constitucionales nacionales. En este sentido, diversos autores han advertido de un progresivo y parcial reemplazamiento de la soberanía por la identidad nacional como elemento de resistencia nacional frente a la integración[565]. Así entendido, se ha evidenciado que los Tribunales Constitucionales han tendido a hacer uso de un lenguaje «identitario» con cierta preferencia respecto del lenguaje «soberanista»[566] o, incluso, se ha afirmado que hemos llegado a un punto en el que la resistencia de los ordenamientos nacionales no se puede manifestar en términos de soberanía estatal, sino de existencia o visibilidad cultural[567].

Presentadas estas breves consideraciones preliminares sobre el principio de primacía, nos interesa particularmente examinar la recepción de dicho principio y los límites impuestos al mismo por parte de los Estados miembros. Nuestro estudio presentará una panorámica necesariamente limitada en la medida en que no abordará uno

---

[565] SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA, «Why Constitutional Identity Suddenly Matters: A Tale of Brave States, A Mighty Union and the Decline of Sovereignty», *op.cit.*, pp. 3-8; TONIATTI, ROBERTO, «Soveregnty Lost, Constitutional Identity Regained», en SAIZ ARNÁIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013. Expresándose de manera particularmente enfática, Weiler ha afirmado que «movilizarse en nombre de la soberanía es *pasado*; movilizarse para proteger la identidad insistiendo en la especificidad constitucional está *de moda*», WEILER, JOSEPH H.H., «A Constitution for Europe? Some Hard Choices», *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, vol. 4, 2002, p. 569.

[566] CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «La identidad nacional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *op.cit.*, p. 507.

[567] VIALA, ALEXANDRE, «Le concept d'identité constitutionelle: approche therique», *op.cit.*, p. 7.

a uno todos los Estados miembros que componen la Unión, sino determinados Estados ubicados en la parte occidental del continente por razón de ser allí donde se localizan los miembros fundadores y los Tribunales Constitucionales nacionales cuya influencia sobre los restantes ha sido recalcada en numerosas ocasiones por la doctrina. Todo ello nos permitirá conocer en profundidad una de las dos perspectivas de esa concepción dual del principio de primacía.

2. Límites a la primacía: análisis de la jurisprudencia constitucional en los ordenamientos nacionales alemán, italiano y francés

En un primer momento, los Tribunales Constitucionales domésticos no asumieron de manera expedita o sin obstáculo el principio de primacía en los estrictos términos en que el mismo había sido afirmado por la jurisprudencia europea en la década de los años sesenta del pasado siglo. Esto es así porque existía una visión generalmente compartida de que una recepción absoluta e incondicionada del mismo hubiera comprometido las bases fundamentales de los ordenamientos nacionales. En particular, se suelen alegar dos motivaciones que explican las dificultades para interiorizar dicho principio de manera ilimitada: una desconfianza hacia la legitimidad democrática del nivel supranacional, por un lado, y la insuficiente protección del principio de *rule of law* -y, especialmente, de los derechos humanos- en términos equivalentes a los alcanzados en la esfera nacional, por otro[568]. Estos recelos a la recepción de la primacía en su totalidad encontraron su principal escenario de confrontación en el ámbito judicial entre las principales autoridades jurisdiccionales -Tribunal de Justicia y Tribunales Constitucionales nacionales (y, más concretamente, en Italia y Alemania)- y, por lo que respecta a estos últimos, su primera reacción fue la de una apreciable resistencia. En rigor, las reticencias expresadas por estos órganos jurisdiccionales son solo parciales en el sentido de que el conflicto se concentra en la extensión del principio de primacía en aquellos casos en que el mismo puede poner en jaque el papel de las Constituciones nacionales en tanto que normas jerárquicamente supremas. Por el contrario, se considera completamente superado el debate cuando dicho principio se proyecta sobre normas, resoluciones judiciales o prácticas de carácter infraconstitucional.

Estos diálogos judiciales entre las jurisdicciones nacionales y la supranacional, que presentan una importancia capital para la articulación de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho europeo, se caracterizan por la presencia de dos rasgos distintivos: evolución temporal y relativa homogeneidad de la jurisprudencia constitucional[569].

---

[568] SADURSKI, WOJCIECH, «"Solange, chapter 3": Constitutional Courts in Central Europe - Democracy - European Union», *European Law Journal*, núm. 14, vol. 1, 2008, p. 1.

[569] Sobre el sentido y alcance del concepto de diálogo en el espacio judicial europeo, *vid*. CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE, «Introduction: On Constitutional Coversations», en CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA Y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actors Topics and Procedures*,

En primer lugar, una singularidad de esta dialéctica judicial ha sido la evolución y transformación de los límites marcados por parte de las altas jurisdicciones nacionales a los efectos de oponerse a una imposición irrestricta del principio de primacía. Con el paso del tiempo, una inicial oposición entre las visiones de los órganos jurisdiccionales situados en la cúspide de los respectivos sistemas judiciales va a dar paso a una progresiva relajación de los términos en que se hace prevalecer los textos constitucionales, que terminará por restringirse a la protección de un espacio muy limitado. En este sentido, es posible diferenciar tres etapas cronológicas en este *iter* jurisprudencial y cada una de ellas se caracteriza por identificar un límite diferente a la intromisión del Derecho de la Unión: derechos fundamentales, competencias e identidad nacional[570]. En puridad, el resultado de estas conversaciones judiciales se ha manifestado en una evolución de la jurisprudencia en ambas jurisdicciones, y no solo en la actividad jurisdiccional nacional, aunque las pautas seguidas para adaptarse a las críticas expresadas por una y otra parte han sido bien distintas. Mientras que los Tribunales Constitucionales han ido reduciendo cada vez más su ámbito de excepcionalidad frente al principio de primacía, el Derecho de la Unión ha ido absorbiendo o asumiendo como propias aquellas áreas de soberanía tradicionalmente asociadas al ámbito de poder estatal[571].

En segundo lugar, debe señalarse que existen significativas similitudes en la jurisprudencia constitucional de todo el continente europeo a partir de la cual se expresan las reticencias al principio de primacía. No obstante, no es una jurisprudencia uniforme y exenta de diferencias entre unos Estados miembros y otros, siendo cada una de tales construcciones judiciales nacionales deudoras de su enraizamiento en un contexto constitucional único y diverso[572]. A día de hoy, por lo que respecta más concretamente a la creación de una doctrina judicial para el control de la identidad nacional, la misma ha

---

Intersentia, Cambridge, 2012; STONE SWEET, ALEC, «Constitutional Dialogues in the European Community», en SLAUGHTER, ANNE-MARIE, STONE SWEET, ALEC Y WEILER, JOSEPH H.H. (eds.), *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Hart, Oxford, 1998; TORRES PÉREZ, AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 103-140. Esta categoría ha sido empleada por el propio Tribunal de Justicia, que ha hecho uso de la misma en su jurisprudencia. Entre sus primeras expresiones al respecto, *vid*. STJCE de 16 de diciembre de 2008, Cartesio, C-210/06, apartado 63.

[570] Sobre la identificación de estas tres etapas, *vid.*, entre otros, KUMM, MATTIAS y FERRERES COMELLA, VÍCTOR, «The primacy clause of the constitutional treaty and the future of the constitutional conflict in the European Union», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, vol. 2-3. 2005, pp. 474-476; VAN DE HEYNING, CATHERINE, «The European Perspective: From Lingua Franca to A Common Language», en CLAES, MONICA, DE VISSER, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actor, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 184.

[571] En relación a las posibles estrategias procesales disponibles al Tribunal de Justicia para acomodar las exigencias del Derecho de la Unión con los particularismos jurídicos nacionales, *vid*. WITTE, FLORIS DE, «Sex, Drugs and EU Law: the Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law», *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013.

[572] SPIEKER, LUKE D., «Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts», *op.cit.*, p. 363. Asimismo, poniendo el acento sobre las diferencias entre las diferentes respuestas articuladas por las jurisdicciones constitucionales a lo largo del continente, *vid.* CLAES, MONICA y REESTMAN, JAN-HERMAN, «The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case», *German Law Journal*, núm. 16, vol. 4, 2015, pp. 941-945.

sido establecida únicamente en la jurisdicciones constitucionales de los siguientes Estados miembros[573]: Alemania[574], Bélgica[575], España[576], Francia[577], Italia[578], Hungría[579], Polonia[580] y República Checa[581].

Con carácter general, se trata de resoluciones que en la mayoría de los casos son escasas y ambiguas, con la salvedad más clara del Tribunal Constitucional Federal alemán, que siempre ha jugado un papel de referente en materia europea y cuyos pronunciamientos han sido aludidos repetidamente en la jurisprudencia constitucional de todo el territorio europeo[582]. En este sentido, a diferencia del caso alemán en el que es posible discernir nítidamente cada uno de los tres límites enunciados, en el resto de Estados miembros únicamente se puede constatar un desacuerdo mucho más abstracto e impreciso respecto de sus contornos y de sus posibles consecuencias. En atención a los criterios anteriormente enunciados, que exigen limitar nuestro estudio a algunos Estados miembros de la Unión, hemos optado por reducir nuestro análisis a cuatro Estados (Alemania, Italia, Francia y España) y abordaremos para cada uno de tales casos la jurisprudencia por la que se crean y desarrollan los límites mencionados a la primacía[583].

2.1. Alemania

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado a lo largo de varias décadas un rica y abundante jurisprudencia en el contexto de la integración europea relativa a la interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho de la Unión. Una

---

[573] SPIEKER, LUKE D., «Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts», *op.cit.*, p. 365.
[574] STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BvR 2/08, apartado 235.
[575] STC de Bélgica de 28 abril de 2016, 62/2016, B.8.7. *Vid.* GERARD, PHILIPE y VERRIJDT, WILLEM, «Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse: Belgian Constitutional Court No. 62/2016, 28 April 2016», *European Constitutional Law Review*, núm. 13, vol. 1, 2017.
[576] DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 4.
[577] SCC de 27 de julio de 2006, núm. 2006-540 DC, apartado 19.
[578] STCI de 18 de diciembre de 1973, Frontini, 183/1973, apartado 9.
[579] STC de Hungría de 30 de noviembre de 2016, AB, 22/2016, apartado 60.
[580] STC de Polonia de 24 de noviembre de 2010, Lisboa, K 32/09, apartado 2.1.
[581] STC de la República Checa de 26 de noviembre de 2008, Lisboa, Pl. ÚS 19/08.
[582] Sobre la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el ámbito del Derecho de la Unión al resto de jurisdicciones constitucionales continentales, *vid*. KUMM, MATTIAS, «Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice», *Common Market Law Review*, núm. 36, vol. 2, 1999, p. 352; GRABENWARTER, CHRISTOPH, «General Report», The Cooperation of Constitutional Courts in Europe - Current Situation and Perspectives, XVIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2014, p. xxiv: "Muchos informes nacionales presentados por otros Tribunales Constitucionales también mencionan al Tribunal Constitucional Federal alemán como el Tribunal Constitucional extranjero más frecuentemente citado, sin importar factores regionales o lingüísticos".
[583] Para un estudio en detalle de las interacciones jurisdiccionales de dimensión constitucional entre el ámbito nacional y supranacional a lo largo del tiempo, *vid.* SLAUGHTER, ANNE-MARIE, STONE SWEET, ALEC y WEILER, JOSEPH H.H., *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998.

cuestión fundamental abordada por sus sentencias en todos estos años ha sido la referente a la recepción y aceptación del principio de primacía. En la actualidad, puede afirmarse que, tras un largo recorrido judicial, el Tribunal de Karlsruhe ha terminado por admitir, con carácter general, este principio[584]. Además, no es irrelevante añadir que el fundamento normativa para su aceptación se ubica en una fuente nacional considerada como la cláusula de integración germana (artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn)[585]. En consecuencia, rechaza asumir como propia la argumentación del Tribunal de Luxemburgo en el asunto Costa c. ENEL, que cifra la base jurídica de ese principio, entre otras circunstancias, en la propia autonomía del sistema jurídico de la Unión[586].

En todo caso, y sin perjuicio de constatar esa general aceptación de la primacía, el *Bundesverfassungsgericht* ha establecido una serie de límites a ese principio, lo que comporta necesariamente reconocerle un alcance no absoluto o, mejor dicho, condicionado. En particular, son tres límites de creación estrictamente judicial que han sido elaborado y precisados con los sucesivos pronunciamientos de este Tribunal alemán, a saber: derechos fundamentales, competencias e identidad nacional[587]. Entre los mismos, cabe señalar que la identidad nacional no aparece expresamente mencionada en la

---

[584] *Vid*., por todas, STCFA de 6 de julio de 2010, Honeywell, 2 BvR 2661/06, apartados 53-54: «El Derecho de la Unión Europea únicamente puede desarrollarse de manera efectiva si reemplaza al Derecho de los Estados miembros. La primacía de aplicación del Derecho de la Unión no lleva a una situación en la que el Derecho nacional contradictorio sea nulo. Los Estados miembros pueden, más bien, continuar aplicándolo en la medida en que retenga un área normativa objetiva más allá del ámbito de aplicación del correspondiente Derecho de la Unión. La primacía de aplicación se deriva del Derecho de la Unión porque la Unión no podría existir como una comunidad de derecho si la aplicación uniforme del Derecho de la Unión no fuera salvaguardada en los Estados miembros. La primacía de aplicación también corresponde a la habilitación constitucional del artículo 23.1 de la Ley Fundamental en conexión con qué poderes soberanos pueden ser transferidos a la Unión Europea (…).
(…) A diferencia de la aplicación del Derecho federal, como aparece dispuesto en el artículo 31 de la Ley Fundamental del sistema jurídico alemán, la primacía de aplicación del Derecho de la Unión no puede ser total». Traducción propia.

[585] Artículo 23.1 Ley Fundamental de Bonn: «Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones».

[586] Una peculiaridad de la recepción de este principio en el ordenamiento alemán, a diferencia de lo que acontece en la jurisprudencia constitucional de otros Estados miembros, es el de reproducir el razonamiento seguido en la jurisprudencia supranacional de que el mismo es una exigencia para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión (véase el extracto de la sentencia Honeywell antes transcrito). En este punto, no está de más apuntar que existe una notoria excepción en las jurisdiccionales constitucionales nacionales a este respecto y viene representada por la posición belga que admitió que la primacía del Derecho europeo se derivaba inmediatamente de la especial naturaleza del Derecho comunitario. *Vid*. Sentencia de la *Cour de Cassation* de Bélgica de 27 de mayo de 1971, Fromagerie Franco Suisse Le Ski c. Estado belga.

[587] Sobre la identificación de estos tres límites a la primacía en la jurisprudencia constitucional alemana, *vid*., entre otros, CRAIG, PAUL y BÚRCA, GRÁINNE DE, *EU Law: text, cases and materials*, *op.cit.*, pp. 329-339; KUMM, MATTIAS y FERRERES COMELLA, VÍCTOR, «The primacy clause of the constitutional treaty and the future of the constitutional conflict in the European Union», *op.cit.*, pp. 474-476.

Constitución alemana, sino que la misma ha sido configurada por la intermediación del Tribunal Constitucional Federal alemán en el marco de su jurisprudencia sobre la construcción europea[588]. En este sentido, el asunto Lisboa (2009) es sin duda la decisión judicial emblemática en la que la misma es objeto de una especial atención, si bien existen precedentes judicial de la misma en este misma jurisprudencia general sobre la Unión[589].

Se analizará, a continuación, de manera cronológica esa producción judicial emanada de la máxima autoridad constitucional alemana en relación a la aceptación de la primacía en el ordenamiento nacional, que se ha caracterizado por la creación de una serie de límites que condicionan que pueden llegar a condicionar ese principio fundamental del sistema jurídico de la Unión en el Derecho doméstico alemán.

2.1.1. Solange I

Los inicios de los desencuentros entre la jurisdiccional constitucional alemana y la jurisdicción europea se sitúan en la célebre saga Solange en virtud de la cual el Tribunal Constitucional Federal alemán cuestionaba abiertamente el principio de primacía, que había sido previamente instaurado de manera unilateral desde instancias europeas[590]. El conflicto se enmarca en un largo proceso judicial por el que un Tribunal ordinario alemán elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia a los efectos de que examinase la validez de dos Reglamentos comunitarios, relativos al régimen de certificados de exportación e importación y al régimen de las garantías que los acompañan, por posible contradicción con diversos preceptos de la Ley Fundamental de Bonn. Esta petición dio lugar a la tantas veces mencionada sentencia Internationale Handesgesellschaft por la que el Tribunal de Luxemburgo afirmó el principio de primacía en toda su extensión, incluso frente a las Constituciones nacionales. Ante la disconformidad con la solución ofrecida por el Tribunal europeo, el Tribunal ordinario se dirigió a la jurisdicción constitucional, que pronunció la afamada sentencia Solange I en 1974[591].

---

[588] MAYER, FRANZ C., «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence allemande», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011, p. 63.

[589] Para un análisis sobre la jurisprudencia constitucional alemana en materia de identidad nacional, *vid*. *Ibid*., pp. 63-75.

[590] Sobre la evolución jurisprudencial derivada de los intercambios dialécticos entre el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal de Justicia, *vid*. ALÁEZ CORRAL, BENITO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, LEONARDO, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, CEPC, Madrid, 2008; GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011; VOSSKUHLE, ANDREAS, «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassugsgerichtverbund», *European Constitutional Law Review*, núm. 6, vol. 2, 2010.

[591] STCFA de 29 de mayo de 1974, Internationale Handselsgesellschaft o, más popularmente entre la doctrina especializada, Solange I, 2 BvL 52/71. Para consultar la versión en inglés de la sentencia, *vid*. OPPENHEIMER, ANDREW, *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 420-461.

El Tribunal de Karlsruhe asoció una parte de la Constitución nacional a las que se refiere como «estructuras básicas» con la identidad de la *Grundgesetz*, las cuales están fuera del alcance del legislador comunitario y únicamente podrán ser modificadas por medio de una reforma constitucional[592]. Además, se identificó expresamente una parte de dichas estructuras básicas que indubitadamente integran la identidad nacional con los derechos fundamentales[593]. En ese mismo apartado, se preocupó de evidenciar que el estado actual de la integración europea se encontraba aún en una fase prematura en comparación con la madurez del sistema jurídico nacional. En concreto, esto se manifiestaba en la inexistencia de un parlamento elegido democráticamente por sufragio universal y un catálogo de derechos comparable al nacional. En este estado de cosas, y en tanto no se superasen las reservas enunciadas, el Tribunal alemán impuso la preeminencia de las garantías *iusfundamentales* nacionales frente al Derecho supranacional en una sentencia que ha pasado a la historia de la integración europea:

> «Provisionalmente, por tanto, en el caso de un hipotético conflicto entre el Derecho comunitario y una parte del Derecho Constitucional nacional o, más precisamente, las garantías de los derechos fundamentales en la Constitución, surge la cuestión de qué sistema jurídico toma precedencia, esto es, expulsa al otro. En este conflicto de normas, la garantía de los derechos fundamentales de la Constitución prevalece en la medida en que los órganos competentes de la Comunidad no hayan resuelto el conflicto de normas de acuerdo con lo previsto en los mecanismos del Tratado»[594].

En virtud de este fallo, el Tribunal Constitucional Federal alemán rechazó reconocer una primacía absoluta al Derecho comunitario por medio de la formulación de un límite que se concretó en la protección de los derechos fundamentales. En todo caso, se trataba de una negativa que se expresaba en un sentido condicionado y, por tanto, la misma era susceptible de ser superada en caso de que el devenir del proceso de integración europeo experimentase una evolución en línea con las garantías establecidas en el Estado alemán. Y, muy particularmente, estas objeciones se concretaban en la insuficiente protección de los derechos fundamentales por parte del Derecho Comunitario en ese momento.

2.1.2. Solange II

---

[592] *Ibid.*, apartado 22: «El artículo 24 de la Constitución se ocupa de la transferencia de derechos soberanos a instituciones interestatales. Esto no puede tomarse en un sentido literal. Como toda disposición constitucional de similar naturaleza fundamental, *el artículo 24 de la Constitución* debe ser entendido y construido en el contexto general de toda la Constitución. Esto es, *no permite una reforma de la estructura básica de la Constitución, que forma parte de su identidad, sin una reforma formal de la Constitución, esto es, no está permitido por medio de la legislación de una institución interestatal*». La cursiva es nuestra. Traducción propia.

[593] *Ibid.*, apartado 23: «La parte de la Constitución que se ocupa de los derechos fundamentales es una característica esencial inalienable de la válida Constitución de la República Federal de Alemania y forma parte de la estructura constitucional de la Constitución». Traducción propia.

[594] *Ibid.*, apartado 24. Traducción propia.

No obstante, con posterioridad a que se dictara el primero de sus hitos jurisprudenciales con la sentencia Solange I, esta saga judicial fue seguida de otros pronunciamientos que comportaron una reconsideración significativa del planteamiento inicial. Esta evolución aparece justificada por los cambios introducidos por el Derecho comunitario en materia de derechos fundamentales[595]. En particular, el asunto Solange II[596] (1986) se refiere, entre otros, a la proclamación e incorporación al acervo comunitario del principio general de protección de los derechos fundamentales a partir del asunto Nold[597], el sometimiento de las instituciones europeas a dicho principio y la adhesión de todos los Estados miembros al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En estas circunstancias, el *Bundesverfassungsgericht* declaró en el caso Solange II que:

> «A la vista de estos avances, debe sostenerse que en la medida en que las Comunidades Europeas, y en particular la jurisprudencia del Tribunal Europeo, aseguren con carácter general y de manera efectiva la protección de los derechos fundamentales frente a los poderes soberanos de las Comunidades, en términos sustancialmente similares a la protección de los derechos fundamentales conferida incondicionalmente por la Constitución y en la medida en que sea generalmente salvaguardado el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal no ejercerá su jurisdicción para decidir sobre la aplicabilidad de la legislación secundaria de la Comunidad (…) y no controlará esa legislación de conformidad con el estándar de los derechos fundamentales contenido en la Constitución (…)»[598].

La posición del Tribunal de Karlsruhe sigue siendo la de una aceptación generalizada del principio de primacía, con una salvedad cada vez más debilitada en materia de derechos fundamentales. Esta primacía descansa en una sólida presunción en virtud de la cual existe un sistema general y efectivo de protección de los derechos fundamentales en el marco supranacional que puede considerarse «sustancialmente similar» al vigente en Alemania. A no ser que dicha presunción sea rebatida, no se permitirá abrir la puerta a que la jurisdicción constitucional alemana puede llevar a cabo un juicio de contraste entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión, que pudiera derivar, en su caso, en una inaplicación de este. En otras palabras, el Tribunal Constitucional no renunciaba a su jurisdicción en este concreto ámbito normativo, pero la misma únicamente se activaría en caso de que se observara una degradación del nivel de protección de los derechos fundamentales en comparación con el estándar nacional[599].

---

[595] Para un estudio histórico de la incorporación y desarrollo de los derechos fundamentales en el sistema jurídico de la Unión, *vid*., entre otros, CUNHA RODRIGUES, JOSÉ, «The incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order», en POIARES MADURO, MIGUEL y AZOULAI, LOÏC (eds.), *The past and future of EU Law*, Hart, Oxford, 2010.

[596] STCFA de 22 de octubre de 1986, Wünsche Handelsgesellschaft o -generalmente conocida entre la doctrina como- Solange II, 2 BvR 197/83. Asimismo, para su consulta en inglés, OPPENHEIMER, ANDREW, *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, *op.cit.*, pp. 461-496.

[597] STJCE de 14 de mayo de 1974, Nold, 4/73, apartado 13.

[598] STCFA de 22 de octubre de 1986, Solange II, 2 BvR 197/83, apartado 48.

[599] FROWEIN, JOCHEN A., «Solange II», *Common Market Law Review*, núm. 25, vol. 1, 1988, pp. 203-204.

2.1.3. Bananas

La tesis favorable a una actitud no intervencionista de la justicia constitucional alemana resultó reforzada en posteriores fallos, siendo muy notable la conocida sentencia Bananas en el año 2000[600]. El conflicto giraba en torno a la hipotética incompatibilidad entre la legislación comunitaria reguladora del mercado del plátano y la Constitución nacional. Concretamente, los recurrentes alegaron que las restricciones impuestas por varios Reglamentos comunitarios sobre la importación de plátanos a Alemania procedentes de terceros Estados podía no ser conforme con varios derechos fundamentales incorporados en la *Grundgesetz*. A este respecto, el Tribunal Administrativo de Frankfurt (*Verwaltungsgericht*) interpuso una cuestión de inconstitucionalidad (*Verfassungswidrigkeit*) que fue posteriormente declarada inadmisible por el Tribunal Constitucional. A estos efectos, para fundar su declaración de inadmisibilidad se apoyó en la jurisprudencia asentada en los asuntos Solange I y Solange II e indicó que:

> «Las cuestiones de constitucionalidad y demás recursos planteados por los Tribunales son (…) inadmisibles si no logran demostrar que la evolución del Derecho europeo, incluidas las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha experimentado un declive por debajo del estándar de protección de derechos fundamentales exigido a partir de la sentencia "Solange II". Por tanto, los fundamentos de un recurso de un Tribunal de Justicia nacional o una cuestión de constitucionalidad por la que se alegue una infracción de los derechos fundamentales garantizados en la Ley Básica por el Derecho comunitario secundario deben establecer en detalle que la protección de los derechos fundamentales exigida incondicionalmente por la Ley Básica no está asegurada de manera general en el caso correspondiente. Se exige una comparación entre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito nacional y en el ámbito comunitario similar a la efectuada por el Tribunal Federal Constitucional en [el asunto Solange I][601]».

Por todo ello, se inadmitiría *ab initio* toda iniciativa procesal ante el Tribunal Constitucional Federal alemán que estuviese dirigida a declarar la incompatibilidad del Derecho derivado con la Ley Fundamental de Bonn con fundamento en una posible vulneración de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Para ser admitida a trámite, se exigiría demostrar una reducción general del nivel de protección de

[600] STCFA de 7 de junio de 2000, Bananas, 2 BvL 1/97. Para un análisis en mayor profundidad de la sentencia Bananas, *vid*., entre otros, AZIZ, MIRIAM, «Sovereignty Lost, Sovereignty Regained? The European Integration Project and the Bundesverfassunggericht», Robert Schuman Centre for Advanced Studies, *EUI Working Paper* 2001/31, 2001; SCHMID, CHRISTOPH, «All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's "Banana Decision"», *European Law Journal*, núm. 7, vol. 1, 2001; PETERS, ANNE, «The Bananas Decision 2000 of the German Federal Constitutional Court: Towards Reconciliation with the ECJ as regards Fundamental Rights Protection in Europe», *German Yearbook of International Law*, núm. 43, 2000.

[601] STCFA de 7 de junio de 2000, Bananas, 2 BvL 1/97, apartado 39. Traducción propia.

los derechos fundamentales tomando como parámetro de comparación el estándar previsto en la Constitución nacional. Esta interpretación dificultaba sobremanera una hipótesis de colisión entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento supranacional al partir de una premisa de general satisfacción del nivel de protección de derechos fundamentales en la esfera europea. Consecuentemente, se limitaba el ejercicio de la jurisdicción constitucional del *Bundesverfassungsgericht* para declarar la inaplicabilidad del Derecho comunitario derivado hasta el punto que se ha afirmado que únicamente retiene una «jurisdicción subsidiaria de emergencia»[602].

2.1.4. Maastricht

El Tribunal Constitucional Federal alemán instauró un nuevo límite a la primacía del Derecho de la Unión a partir de la sentencia Maastricht, que se ocupó de enjuiciar la compatibilidad de la nueva reforma de los Tratados con la Constitución alemana[603]. A raíz de dicha decisión se crea el conocido como control *ultra vires,* que es aquella facultad que se arroga a sí misma la alta jurisdicción alemana para verificar que la Unión no viola el principio de atribución o, lo que es lo mismo, que no se excede en el uso de los poderes transferidos por los Estados miembros, que siguen en todo caso manteniendo la condición de «señores de los Tratados» (*Herren der Verträge*). En este sentido, se expresa con claridad este Tribunal Constitucional cuando afirma que:

> «Si, por ejemplo, las instituciones o los órganos europeos manejaran o desarrollaran el Tratado de la Unión de forma que ya no estuviera cubierto por el Tratado, tal y como sirvió de base a la ley alemana de autorización de la ratificación, los actos jurídicos que de ello se derivaran no serían vinculantes en el territorio de soberanía alemana. Los órganos estatales alemanes se verían impedidos por motivos constitucionales para aplicar estos actos jurídicos en Alemania. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal controlaría si los actos jurídicos de las instituciones y los órganos europeos se mantienen dentro de los límites de las competencias soberanas que les ha sido otorgadas o se exceden respecto de ellos»[604].

La articulación de este nuevo límite tiene lugar en un momento trascendental para el devenir del proyecto común, como es la aprobación del Tratado de Maastricht, a partir

---

[602] PETERS, ANNE, «The Bananas Decision 2000 of the German Federal Constitutional Court: Towards Reconciliation with the ECJ as regards Fundamental Rights Protection in Europe», *op.cit.*, p. 281.

[603] STCFA de 12 de octubre de 1993, Maastricht (también conocida como sentencia Brunner), 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92. De igual modo, para su consulta en inglés, OPPENHEIMER, ANDREW, *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, *op.cit.*, pp. 527-575. Para un análisis de la sentencia Maastricht, *vid.*, entre otros, BAQUERO CRUZ, JULIO, «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *op.cit.*; LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO, «De Integración y Soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental Alemana (LF)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994; MACCORMICK, NEIL, «The Maastricht-Urteil: Sovererignty Now», *European Law Journal*, núm. 1, vol. 3, 1995; WEILER, JOSEPH H.H., «Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision», *European Law Journal*, núm. 1, vol. 3, 1995.

[604] OPPENHEIMER, ANDREW, *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, *op.cit.*, p. 556.

del cual se experimenta un salto cualitativo en la integración europea. En particular, como hemos afirmado reiteradamente, la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión adquiere un especial protagonismo con motivo de la asunción por parte de esta de poderes tradicionalmente asociados a la esfera de soberanía estatal. Estas circunstancias permiten explicar el surgimiento de un sentimiento de inquietud estatal que se encuentran en el centro de las suspicacias expresadas por el *Bundesverfassungsgericht* en la sentencia Maastricht.

El Tribunal de Karlsruhe invoca la legitimación democrática nacional como fundamento de la Unión y rechaza la posibilidad de que esta pueda convertirse en una organización democrática. A juicio del Tribunal alemán, el principio democrático ejercido por medio de los Parlamentos nacionales impone los límites a la extensión de poderes y competencia de la Unión, ya que la formación de la voluntad política de los Estados debe ser un proceso dirigido por ellos para que puedan expresar lo que les vincula «espiritual, social y políticamente». En base a estas consideraciones, la sentencia concluye que el Parlamento Federal alemán debe reservarse y ejercer competencias con «peso sustantivo».

Examinado desde la perspectiva del sistema judicial europeo en su conjunto, la implantación de un control *ultra vires* ejercido por la jurisdicción constitucional alemana entraba abiertamente en contradicción con un sistema centralizado de control de la legalidad del Derecho de la Unión en manos del Tribunal de Justicia. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo ha dejado sentado desde hace décadas dos líneas jurisprudenciales de enorme relevancia sobre el particular, a saber: la presunción de validez de los actos adoptados por las instituciones europeas[605] y, muy especialmente, el monopolio de la jurisdicción europea para pronunciarse sobre la validez del Derecho de la Unión[606]. Dicho de otro modo, únicamente compete al Tribunal de Justicia refutar la presunción de validez de los actos comunitarios y declarar su nulidad[607].

2.1.5. Lisboa

El Tribunal Constitucional Federal alemán dicta una sentencia trascendental con el asunto Lisboa (2009) en el que se establece el tercer y último de los límites a la primacía del Derecho de la Unión: la identidad nacional[608]. El contexto en el que se encuadra este litigio no es otro que el de un examen de contraste entre el entonces recientemente

[605] STJCE de 12 de julio de 1957, Algera c. Asamblea de la CECA, 7/56 y 3/57 a 7/57.
[606] STJCE de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost, 314/85, apartado 17: «Dado que el artículo 173 atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia».
[607] No obstante, sin perjuicio de reconocer el carácter centralizado del sistema europeo de control de legalidad, debe precisarse que se trata de una presunción que está sometida a una excepción establecida a partir de la sentencia Consorzio Cooperative d'Abruzzo. *Vid.* STJCE de 26 de febrero de 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Comisión de las Comunidades Europeas, 15/85.
[608] STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BvR 2/08.

aprobado Tratado de Lisboa y la Ley Fundamental de Bonn. Dicho de otro modo, no se presenta ante la jurisdicción constitucional alemana un concreto conflicto en el que su identidad nacional esté en juego, de ahí que sus reflexiones en torno a esta cuestión presenten una dimensión estrictamente teórica. Como última prevención, debe añadirse que, por razón de compartir unos fundamentos similares, este fallo hace expresas una serie de observaciones que son aplicables tanto para el caso del control *ultra vires* como para el control de identidad nacional.

El *Bundesverfassunsgericht* comenzó por expresar que la identidad nacional alemana constituye un límite a la participación de la República Federal de Alemania en el proyecto europeo e inmediatamente a continuación se reconoce a sí misma como la única jurisdicción competente para supervisar su respeto:

> «La identidad constitucional, que no es transferible y en esa medida está protegida frente al proceso de integración (art. 79.3 LF), se corresponde con la obligación del Derecho europeo de respetar el poder constituyente de los Estados miembros como "señores de los Tratados". En el marco de su competencia, el Tribunal Constitucional Federal habrá de verificar, de darse el caso, si estos principios son respetados»[609].

A partir de esta afirmación se deriva un modelo centralizado para el ejercicio de esta potestad de control (*Identitätskontrolle*), que debe residenciarse de manera exclusiva ante la jurisdiccional constitucional. En todo caso, parece abrir la puerta a que el Tribunal de Luxemburgo pueda pronunciarse antes de que el propio Tribunal de Karlsruhe emita una decisión al respecto[610]. Por otra parte, desde la perspectiva estrictamente nacional, no solo no se trata de una función compartida con los Tribunales ordinarios, sino que los mismos deberán trasladar los posibles conflictos de que conozcan sobre esta materia al Tribunal Constitucional Federal por medio de las acciones procesales existentes en el ordenamiento nacional[611]. En sentido, el propio órgano jurisdiccional enumera ampliamente los posibles procedimientos por medio de los cuales pueden canalizarse estas pretensiones. En este sentido, el propio Tribunal de Karlsrihe parece sugerir al legislador nacional la posibilidad de crear un procedimiento *ad hoc* para este tipo de conflictos:

> «No es necesario decidir en este punto en qué procedimientos específicos el Tribunal Constitucional Federal puede ejercer ese control. Entra en consideración la utilización de procedimientos ya previstos, como son el control abstracto (art. 93.1 núm. 2 LF) y el

---

[609] *Ibid.*, apartado 235.

[610] Esta interpretación se basa en un pasaje algo vago de la sentencia (apartado 235) en el que afirma: «cuando no sea posible obtener la protección jurídica a nivel de la Unión». En defensa de esta misma lectura, *vid.* MAYER, FRANZ C., «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence allemande», *op.cit.*, p. 69.

[611] STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BvR 2/08, apartado 241: «A fin de proteger la funcionalidad del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del Derecho constitucional de manera abierta al Derecho europeo y en observancia del principio jurídico contenido en el art. 100.1 LF, exige que tanto la declaración de que un acto es ultra vires como *la declaración de una violación de la identidad constitucional sean competencia exclusiva del Tribunal Constitucional Federal*». La cursiva es nuestra.

control concreto de normas (art. 100.1 LF), el conflicto entre órganos constitucionales (art. 93.1, núm. 1 LF), el conflicto entre la Federación y los Länder (art. 93.1, núm. 3 LF) y el recurso de amparo (art. 93.1, núm. 4a LF). Sin embargo, también sería posible la creación por parte del legislador de un procedimiento contencioso constitucional adicional, diseñado especialmente para el control ultra vires y el control de identidad constitucional, a fin de garantizar la obligación de los órganos alemanes de dejar de aplicar en Alemania, en casos concretos, los actos jurídicos de la Unión que sobrepasen las competencias de la Unión o violen la identidad constitucional»[612].

Por lo que se refiere al modo de llevar a cabo esa tarea jurisdiccional de controlar el debido respeto a la identidad nacional, se indica expresamente que habrá de efectuarse con respecto al principio de apertura al Derecho europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*)[613]. A todas luces, el Tribunal Constitucional tiene muy presente que articular un mecanismo de control de este tipo puede considerarse contrario al Derecho de la Unión. Por consiguiente, hace un esfuerzo por justificar que esta construcción jurisprudencial no comporta una vulneración de ese Derecho y, más concretamente, sostiene que el mismo respeta tanto el principio de cooperación leal como la cláusula de identidad nacional. Es por ello que la doctrina ha remarcado la singularidad de que el Tribunal Constitucional acuda al Derecho originario como argumento constitucional, permitiendo así una congruencia de las garantías nacionales y europeas sin que se establezca un relación jerárquica entre las mismas[614].

En caso de constatarse una eventual vulneración de la identidad nacional, el Tribunal Constitucional Federal alemán impone como sanción jurídica la inaplicabilidad del Derecho de la Unión en el ordenamiento jurídico alemán:

> «Tanto el control *ultra vires* como el de identidad constitucional pueden conducir a que el Derecho comunitario, o en el futuro el Derecho de la Unión, sea declarado inaplicable en Alemania»[615].

Expresado en un sentido negativo, se reserva el Tribunal de Karlsruhe una facultad para declarar la inaplicación de un acto o norma de la Unión evitando una alternativa sin duda más gravosa como sería la nulidad y, como no puede ser de otro modo, los efectos de dicha declaración se limitan al ordenamiento nacional.

En último lugar, se concibe como un recurso extraordinario en el sentido de que el mismo no está diseñado para la aplicación ordinaria o del día a día del Derecho de la Unión[616]. Son claras a este respecto las palabras del Tribunal alemán cuando declara que

---

[612] *Ibidem*.
[613] *Ibidem*.
[614] MAYER, FRANZ C., «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence allemande», *op.cit.*, p. 70.
[615] STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BvR 2/08, apartado 241.
[616] THYM, DANIEL, «In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court», *op.cit.*, p. 1807.

solo «excepcionalmente, bajo condiciones especiales y estrictas, declara una norma del Derecho de la Unión Europea inaplicable en Alemania»[617].

Para terminar, cabe insistir en la idea de que esta decisión judicial no ofrece un marco teórico completo en relación a la acción de control de identidad nacional ante la jurisdicción constitucional debido fundamentalmente a que la misma fue dictada en el marco de un examen general sobre la constitucionalidad de la última reforma de los Tratados. Es por ello subsisten aún una serie de interrogantes sobre los que no ofrece repuesta, siendo preciso servirnos de otros pronunciamientos más recientes que contribuirán a dotar a este mecanismo de una mayor precisión.

2.1.6. Honeywell

Un años más tarde, el *Bundesverfassungsgericht* dicta la sentencia Honeywell[618] (2010), que tiene por objeto una posible extralimitación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación laboral por razón de edad. Esta decisión judicial presenta un indudable valor teórico porque aprovecha la oportunidad ofrecida por el conflicto de fondo para ofrecer una detallada elaboración sobre el control *ultra vires*.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional Federal alemán recuerda que ostenta al propio tiempo la facultad y la obligación de controlar los actos de las autoridades europeas y, en su caso, declarar, a los efectos del ordenamiento nacional, la inaplicabilidad de aquellos que excedan las competencias atribuidas en los Tratados[619]. Aun así, reconoce que el ejercicio de este poder de control se llevará a cabo en un modo abierto al Derecho europeo y en coordinación con las tareas hermenéuticas asignadas al Tribunal de Justicia[620].

Estos principios de actuación se concretan en que en un primer momento le corresponde intervenir al Tribunal de Luxemburgo a fin de conocer su interpretación desde el punto de vista del Derecho de la Unión, reconociéndose asimismo por el Tribunal de Karlsruhe el carácter vinculante de las resoluciones emanadas de la institución europea. Dicho de otro modo, Tribunal Constitucional Federal alemán únicamente podrá dictar un fallo por el que se declare la inaplicación del Derecho secundario en el caso de que se haya previamente dado la palabra al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre un eventual desbordamiento del marco competencial; en caso contrario, el *Bundesverfasungsgericht* se verá necesariamente abocado a emitir un auto de inadmisibilidad. En este sentido, debe decirse que la máxima autoridad constitucional

[617] STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BvR 2/08, apartado 340.
[618] STCFA de 6 de julio de 2010, Honeywell, 2 BvR 2661/06. *Vid*. PANDAYEH, MEHRDAD, «Constitutional Review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Law and the EU Court of Justice», *Common Market Law Review*, núm. 48, vol. 1, 2011.
[619] STCFA de 6 de julio de 2010, Honeywell, 2 BvR 2661/06, apartado 55.
[620] *Ibid*., apartados 56-59.

alemana delimita con bastante precisión el razonamiento que debe seguirse para poder apreciar la mencionada extralimitación:

> «El control *ultra vires* por el Tribunal Constitucional Federal puede, además, únicamente prosperar si es manifiesto que los actos de las instituciones y organismos europeos han tenido lugar fuera del marco competencial. Una vulneración del principio del principio de atribución solo es manifiesta si las instituciones y organismo europeos han transgredido los límites de sus competencias en un modo tal que se viole específicamente el principio de atribución (artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn), en esos casos la violación de las competencias se considera suficientemente cualificada. Esto significa que el acto de la autoridad de la Unión Europea debe encontrarse en manifiesta violación de las competencias y que el acto impugnado es muy significativo en la estructura en la estructura competencial entre los Estados miembros y la Unión con respecto al principio de atribución y a la naturaleza vinculante de la norma bajo el *rule of law*»[621].

De este modo, se instaura un control que impone el cumplimiento de requisitos de orden procesal y sustantivo. Desde el punto de vista procesal, se exige con carácter preliminar la activación de la vía prejudicial europea a riesgo de incurrir en la inadmisibilidad de la acción. Desde el prisma sustantivo, para que se observe un exceso en materia de competencias por parte de las autoridades europeas es necesario que se verifiquen dos criterios cumulativos identificados en términos notablemente vagos, a saber: una conducta «manifiestamente lesiva» de las competencias y un acto impugnado que comporte una «importancia significativa» en el esquema de reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión o para la observancia del *rule of law.*

En términos generales, se aprecia como esta construcción jurisprudencial elabora un control competencial en términos sumamente autorrestrictivos. En base a esa consideración, no es de extrañar que se haya señalado que la sentencia Honeywell ha contribuido a desescalar la tensión entre Tribunales respecto del control *ultra vires* en términos semejantes a la sentencia Bananas en materia de derechos fundamentales[622]. Sin embargo, este recorrido jurisprudencial aparentemente lineal por el que progresivamente se van endureciendo los criterios que permiten ejercitar los poderes de control del Derecho de la Unión en manos de la jurisdicción constitucional se debe poner necesariamente en cuestión con motivo de la sentencia Gauweiler. En efecto, esto se debe a que es la primera ocasión en la que se abrió la puerta a poner en práctica la jurisprudencia sentada en el asunto Honeywell.

2.1.7. Gauweiler

[621] *Ibid.*, apartado 61.
[622] PANDAYEH, MEHRDAD, «Constitutional Review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Law and the EU Court of Justice», *op.cit.*, p. 27.

La saga Gauweiler se enmarca en el contexto de la crisis económico-financiera que asoló al continente europeo a partir de finales de la primera década de este siglo y que llevó al Banco Central Europeo a aprobar una decidida intervención para salvar la divisa común[623]. En este sentido, fueron muy elocuentes las palabras de Mario Draghi, expresidente del Banco Central Europeo, que expresó que esta institución «estaba preparada para hacer todo lo necesario para salvar el euro»[624]. Con este propósito, se aprobó un programa de compra de títulos de deuda pública de los Estados miembros integrados en la zona euro (programa OMT) a cambio del compromiso de los Estados beneficiarios de someterse a un programa de reformas de ajuste macroeconómico en los términos previstos en el Mecanismo Europeo de Estabilidad. En estas circunstancias, se planteaba el interrogante de si el Banco Central Europeo había actuado más allá del marco de competencias diseñado por los Tratados. Más concretamente, existían dudas sobre si la actuación de esta institución europea podía ser contraria al Derecho de la Unión con base en dos motivos: por exceder sus responsabilidades de política económica -que, a diferencia de lo que sucede con la política monetaria que ha sido transferida a la Unión, corresponde en exclusiva a los Estados miembros- y por constituir una vulneración de la prohibición de financiación monetaria de los Estados (artículo 123 TFUE).

Llegaron a conocimiento del *Bundesverfassungsgericht* varios recursos interpuestos contra la participación del Banco de Alemania (*Bundesbank*) en la implementación de la decisión del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo por la que se anunciaba la aprobación de dicho programa, así como la omisión del Gobierno Federal (*Bundesregierung*) y la Cámara Baja del Parlamento Federal alemán (*Bundestag*) de recurrir dicha decisión. A su vez, el Tribunal Constitucional Federal alemán decidió plantear por primera vez en su historia una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en cumplimiento de su propia jurisprudencia constitucional que exige incoar esta vía incidental en caso de apreciarse un posible comportamiento *ultra vires* por parte de las

[623] De manera sucinta, el recorrido jurisprudencial se inicia con una cuestión prejudicial elevada al Tribunal de Justicia (ATCFA de 14 de enero de 2014, Gauweiler, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 y 2 BvE 13/13) fruto de las dudas suscitadas en el marco de varios recursos de inconstitucionalidad y un conflicto entre órganos constitucionales planteados ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. Dicha prejudical europea fue resuelta por el Tribunal de Luxemburgo (STJUE de 16 de julio de 2015, Gauweiler, C-62/14), cuyas conclusiones fueron remitidas al Tribunal de Karlsruhe que dictó finalmente sentencia (STCFA de 21 de junio de 2016, Gauweiler, 2 BvR 2728/13) en base a las consideraciones expuestas por el Tribunal europeo. Para un examen detallado, *vid.* BAST, JÜRGEN, «Don't Act Beyond your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's *Ultra Vires* Review», *German Law Journal*, núm. 15, vol. 2, 2014; KUMM, MATTIAS, «Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might Do About it», *German Law Journal*, núm. 15, vol. 2, 2014; PAYANDEH, MEHRAD, «The OMT Judgment of the German Constitutional Court. Repositioning the Court within the European Constitutional Architecture», *European Constitutional Law Review*, núm. 13, vol. 2, 2017; PERNICE, INGOLF, «A Difficult Partnership Between Courts: The First Preliminary Reference by the German Federal Constitutional Court to the CJEU», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 21, vol. 1, 2014; WENDEL, MATTIAS, «Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference», *European Constitutional Law Review*, núm. 10, vol. 2, 2014.

[624] Discurso de 26 de julio de 2012 de Mario Draghi, expresidente de Banco Central Europeo, en la Global Investment Conference. *Vid*. https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html.

instituciones europeas. De este modo, se manifestó una actitud de apertura al Derecho europeo al dar pie a un escenario conciliatorio en que la institución europea pudiera pronunciarse preventivamente y, por tanto, ofreciendo la posibilidad de evitar que se declarase una inaplicación del Derecho derivado fruto de la constatación de una transgresión competencial.

La petición de decisión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán ha merecido duras críticas por parte de la doctrina. En particular, la concreta aplicación de la doctrinal *ultra vires* contenida en la misma ha sido calificada como un desvío jurisprudencial «dramático» y «significativo»[625]. De nuevo, es oportuno diferenciar entre el ámbito procesal y el sustantivo.

Por un lado, existe un evidente contraste entre una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia por la que se sostiene la naturaleza vinculante de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en el marco de una cuestión prejudicial[626] y la apreciación contenida en la petición de decisión prejudicial rechazando la obligatoriedad de la misma[627]. Esta declaración presenta una importancia de calado en la medida en que erosiona las bases sobre las que se asienta todo un sistema judicial de cooperación entre los Tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia dirigido a una correcta interpretación y aplicación del Derecho de la Unión.

Por otra parte, la interpretación de los dos requisitos sustantivos para apreciar si la actuación de las autoridades europeas ha sobrepasado el programa de integración preestablecido -violación manifiesta y estructuralmente significativa de las competencias atribuidas-, adolecen de la misma tacha. En ambos casos, el Tribunal alemán recurre a un test abstracto sobre una posible infracción por parte del programa de compra de títulos de deuda pública sin tomar en consideración las concretas circunstancias del caso en cuestión a la hora de valor la concurrencia o no de tales factores[628]. Por consiguiente, la modificación de las coordenadas del modo de ejercitar el test *ultra vires* respecto de las directrices marcadas en el asunto Honeywell implicaba un control significativamente más laxo.

Este conflicto se centra sustancialmente en examinar una posible extralimitación del Banco Central Europeo en el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas por el Derecho de la Unión, de manera que el protagonismo en este concreto asunto recaerá principalmente en una potencial aplicación de la doctrina del control *ultra vires*.

---

[625] BAST, JÜRGEN, «Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review», *op.cit.*, p. 179.
[626] STJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, apartado 29. *Vid.* LENAERTS, KOEN, MASELIS, IGNACE y GUTMAN, KATHLEEN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 243.
[627] ATCFA de 14 de enero de 2014, Gauweiler, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, apartado 27: «En tal caso, el Tribunal Constitucional Federal tomará la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia en una cuestión prejudicial de conformidad con el artículo 267, apartados 2 y 3, TFUE como una base».
[628] BAST, JÜRGEN, «Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review», *op.cit.*, pp. 178-180.

En cualquier caso, el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial contiene unas breves referencias a la identidad nacional de sumo interés. Así, se afirma que la identidad nacional es un límite último y absoluto que no admite la posibilidad de que sea contrapesado con otros posibles intereses en juego[629]. A partir de esta caracterización, se puede diferenciar claramente la concepción de esa noción en el ámbito nacional en contraposición a la defendida en la esfera supranacional en la que se ha rechazado su consideración como una excepción absoluta que debe prevalecer en todo caso.

Delimitado el conflicto en estos términos por parte del *Bundesverfassungsgericht*, correspondía al Tribunal de Justicia pronunciarse en el marco de una cuestión prejudicial[630]. En sustancia, las dudas planteadas exigían al Tribunal de Luxemburgo dar respuesta sobre las siguientes cuestiones: la hipotética aplicación del control *ultra vires*, la justiciabilidad de un mero comunicado de prensa del Banco Central Europeo por el que se informaba sobre las medidas financieras que se iban a adoptar, la distribución de poderes entre dicha institución europea y los Estados miembros y, finalmente, el alcance de la prohibición de financiación monetaria. En todo caso, y sin perjuicio de haber puesto de relieve el marco jurídico general que rodeaba a este conflicto, nuestro interés se concentrará exclusivamente en el primero de los puntos enunciados.

Para empezar, lo cierto es que el análisis del control *ultra vires* mereció una atención considerablemente menor en la resolución judicial del Tribunal de Justicia[631]. En efecto, cuando este órgano jurisdiccional se pronunció sobre los peligros de un posible incumplimiento de su sentencia por parte del Tribunal Constitucional Federal, se limitó a recordar una jurisprudencia constante -en concreto, cita los asuntos Fazenda Pública[632] y Elchinov- por la que se reconoce la obligatoriedad de sus decisiones judiciales en el contexto de ese mecanismo procesal. Dicho de otro modo, el Tribunal de Luxemburgo no contempla seriamente la posibilidad de que un órgano judicial nacional, y menos un Tribunal Constitucional, pudiera socavar su autoridad[633].

Finalmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán dictó sentencia el 21 de junio de 2016 y, frente a las agoreras predicciones de una parte de la doctrina que vaticinaba una colisión institucional entre las máximas autoridades judiciales[634], el falló se acomodó a la decisión del Tribunal europeo[635]. En términos generales, abordó el

---

[629] ATCFA de 14 de enero de 2014, Gauweiler, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, apartado 29.
[630] STJUE de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14.
[631] *Ibid.*, apartados 12-14.
[632] STJUE de 10 de julio de 2014, Fazenda Pública, C-183/13.
[633] SARMIENTO, DANIEL, «The Luxembourg "Double Look". The Advocate General's Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case», *op.cit.*, p. 46. Por su parte, las conclusiones generales del Abogado General Cruz Villalón -que, en términos generales, fueron sustancialmente coincidentes con la sentencia- expresan igualmente un sentimiento de confianza sobre el sometimiento del Tribunal alemán, entendiendo que la presunción de un futuro cumplimiento es una exigencia derivada del principio de cooperación leal. Conclusiones del AG P. Cruz Villalón de 14 de enero de 2015, Gauweiler, C-62/14, apartado 67.
[634] FABBRINI, FEDERICO, «After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States», *German Law Journal*, núm. 16, vol. 4, 2015, pp. 1012-1013.
[635] STCFA de 21 de junio de 2016, Gauweiler, 2 BvR 2728/13.

análisis relativo al test *ultra vires* recordando las pautas que rigen esta modalidad de control constitucional con arreglo a la jurisprudencia Honeywell. Fundamentalmente, puso de manifiesto las consabidas características de esta fiscalización judicial: intervención previa y obligatoria del Tribunal de Justicia, monopolio del control jurisdiccional en manos del Tribunal Constitucional, supervisión operada de manera abierta al Derecho de la Unión y excepcionalidad del control e inaplicación del Derecho de la Unión en Alemania como consecuencia jurídica de la constatación de una transgresión del principio de atribución. Por razón de separarse de los criterios jurisprudenciales previamente establecidos, interesa más la elaboración de los criterios para determinar cuándo una violación de las competencias es manifiesta.

El *Bundesverfassungsgericht* concluyó que el programa de compra no comportaba una violación manifiesta de las competencias atribuidas al Banco Central Europeo, entendiendo que una transgresión competencial presenta esas características cuando el ejercicio de la misma no es justificable con arreglo a «estándares metodológicos comunes»[636]. A pesar de esta inicial consideración aparentemente restrictiva, en el siguiente párrafo dispuso que una inobservancia podrá ser manifiesta incluso si la misma resulta de un «interpretación meticulosa y cuidadosamente razonada»[637]. En estas circunstancias, la doctrina ha expresado la evidente contradicción de este razonamiento, la opacidad del concepto jurisprudencial de «violación manifiesta» y la inseguridad jurídica de cara a futuros pronunciamientos de la jurisdicción constitucional alemana[638]. Junto a los reproches concernientes a dicha ambigüedad conceptual, se suman otros que evidencian una posible expansión de las consecuencias jurídicas del control *ultra vires*[639].

Una vez más, nos enfrentamos a un escenario en el que en un principio parece que las amenazas proferidas por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales abocan a una situación irreconciliable en el que se va a producir un choque institucional irresoluble. En palabras de Kumm, el Tribunal Constitucional Federal alemán había tensado al máximo las relaciones de cooperación judicial entre ambos Tribunales al consentir una escasísima discrecionalidad al Tribunal de Luxemburgo para actuar dentro los estrechos márgenes interpretativos que aquel consideraba conformes al Derecho nacional[640]. Sin embargo, este confirmó la validez de programa anunciado por el Banco Central Europeo y, en esencia, consideró que la institución europea había actuado dentro de las amplias facultades reconocidas a la misma en el Tratado en la esperada sentencia Gauweiler. Es así como, en una nueva muestra de *constitutional tolerance* en el espacio jurídico europeo, el Tribunal Constitucional Federal alemán dictó un fallo que evitaba una colisión institucional indeseable, no sin antes reformar la jurisprudencia previa en

[636] *Ibid.*, apartado 149.
[637] *Ibid.*, apartado 150.
[638] PAYANDEH, MEHRAD, «The OMT Judgment of the German Constitutional Court. Repositioning the Court within the European Constitutional Architecture», *op.cit.*, 2017, p. 411.
[639] *Ibid.*, pp. 412-413.
[640] KUMM, MATTIAS, «Rebel Without a Good Cause: Karslruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might Do About It», *op.cit.*, p. 206.

unos términos sumamente criticables que dificultan sobremanera contar con unas pautas judiciales coherentes para la resolución de este tipo de conflictos.

2.1.8. Identity Review Order

El Tribunal Constitucional Federal alemán dictó una nueva sentencia relacionada con la identidad nacional en el asunto *Identity Review Order*[641]. La doctrina ha enfatizado el interés de este fallo, como así se desprende del sobrenombre de la misma como Solange III[642] o, incluso, que se haya visto en ella la «activación de la bomba del control de identidad»[643]. Se trata de la primera ocasión en que la mencionada potestad de control es invocada en el marco de un conflicto concreto, alejada de consideraciones meramente teóricas e hipotéticas, e incide en las marcadas tensiones *iusfundamentales* que ha ocasionado el mecanismo de la euroorden en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Narramos seguidamente los antecedentes de hecho más relevantes a partir de los cuales será posible extraer las consecuencias más significativas de esta decisión judicial.

Un nacional estadounidense fue condenado en ausencia por un Tribunal italiano a una pena privativa de libertad por haberse declarado probada su participación en una organización criminal, así como por la importación y posesión de cocaína. Dos décadas más tarde, fue arrestado por las autoridades alemanas sobre la base de una orden europea de detención y entrega emitida por un órgano jurisdiccional italiano. En su defensa, el condenado se opuso a su entrega sosteniendo que no había tenido conocimiento de la apertura de un proceso judicial, no había contado con asistencia letrada y había sido completamente ajeno al dictado de una sentencia condenatoria en su contra. En estas circunstancias, el Tribunal competente alemán desestimó las pretensiones de la defensa y admitió la ejecución de la orden europea por considerar que la celebración de una nueva audiencia ante los Tribunales italianos donde se permitiera la práctica de la prueba no era al menos imposible. Este recorrido procesal llega a su fin con la interposición de un recurso de amparo ante el *Bundesverfassungsgericht* por una pretendida violación de sus derechos fundamentales. En esta última instancia, el Tribunal Constitucional Federal alemán da respuesta al recurso concluyendo que aunque el Tribunal ordinario violó el

---

[641] STCFA de 15 de diciembre de 2015, Identity Review Order, 2 BvR 2735/14. *Vid.* ANAGNOSTARAS, GEORGIOS, «Solange III? Fundamental Rights Protection under National Identity Review», *European Law Review*, núm. 42, vol. 2, 2017; ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, «Karlsruhe rechaza la doctrina del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016; HONG, MATHIAS, «Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange III and Aranyosi», *European Constitutional Law Review*, núm. 12, vol. 3, 2016; LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO, «¡Alto ahí a la "identidad constitucional"! Un ejemplo (ya no tan) reciente de discontinuidad continuista en la jurisprudencia iuscomunitarista del TFCA», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

[642] *Vid.* HONG, MATHIAS, «Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange III and Aranyosi», *op.cit*.

[643] STEINBEIS, MAX, «Europarechtsbruchals Verfassungspflicht: Karlsruhe zündet die Identitätskontrollbombe», *Verfassungsblog*, http://verfassungsblog.de/europarechtsbruch-als-verfassungspflicht-karlsruhe-zuendet-die-identitatskontrolle-bombe/, 2016.

derecho a la dignidad humana del condenado, no existen motivos para inaplicar la Decisión marco sobre la euroorden en la medida en que dicha norma no imponía necesariamente ese resultado y, en consecuencia, era posible una interpretación conforme a dicha normativa que respetase la garantías mínimas de todo procesado[644].

Este fallo incorpora los principales dictados del asunto Lisboa y, en particular, vuelve a invocar el *Identitätskontrolle* como instrumento procesal de *ultima ratio* que puede ser activado por la jurisdicción constitucional alemana a fin de proteger la identidad nacional de la República Federal de Alemania. No rebate el principio de primacía del Derecho de la Unión, sino que parte de una posición de asunción general de la misma para posteriormente matizar que puede estar excepcionalmente limitada en aras de proteger principios constitucionales irrenunciables. En este caso particular, ese núcleo duro se concreta en el principio de responsabilidad en materia penal, siendo estimado por el Tribunal alemán como una concreta manifestación del principio de dignidad humana (artículo 1 Ley Fundamental de Bonn).

En un primer momento, cabe reseñar como primera novedad el establecimiento de un requisito procesal inexistente hasta el momento como es la obligación de elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia con anterioridad a ejercitar el control de identidad nacional[645]. De este modo, se venía a fijar el mismo condicionante adjetivo al que quedaba supeditado el test *ultra vires* desde que así lo impusiera la sentencia Honeywell, dictada apenas un año después del asunto Lisboa[646]. Al propio tiempo, el Tribunal Constitucional Federal alemán parece reservarse el derecho a apartarse del sentido del juicio expresado por la institución europea y, en consecuencia, poniendo en cuestión el carácter vinculante de este mecanismo prejudicial de acuerdo con el Derecho de la Unión[647].

Ahora bien, y lo que quizás sea más importante, en este caso se resolvió no plantear una cuestión prejudicial en consideración a que la correcta interpretación de la Decisión marco es tan evidente, con alusión explícita a la jurisprudencia del *acte clair*, que no existían dudas razonables que justificasen una remisión al Tribunal europeo[648]. Este rechazo a promover la cuestión prejudicial es resuelto de manera expeditiva y en base a justificaciones que se incardinan en una tradicional actitud de recelo de los Tribunales Constitucionales nacionales frente a la jurisdicción europea que parecía superada y que, en opinión de muchos autores, supone una reacción a la insatisfacción de

[644] STCFA de 15 de diciembre de 2015, Identity Review Order, 2 BvR 2735/14, apartado 84.
[645] *Ibid.*, apartado 46.
[646] STCFA de 6 de julio de 2010, Honeywell, 2 BvR 2661/06, apartado 60.
[647] STCFA de 15 de diciembre de 2015, Identity Review Order, 2 BvR 2735/14, apartado 46: «[El Tribunal Constitucional Federal alemán] basará su control del acto europeo en cuestión en la interpretación de ese acto facilitada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una cuestión prejudicial de conformidad con el artículo 267.3 TFUE». Traducción propia.
[648] *Ibid.*, apartado 125.

la respuesta del Tribunal de Justicia frente a la voluntad conciliatoria del Tribunal Constitucional español en el asunto Melloni[649].

En segundo lugar, existe una evidente voluntad de elevar el umbral de admisibilidad de este control de identidad nacional ante la jurisdicción constitucional. Así se desprende de la fijación de criterios sobre los que no se había pronunciado hasta ahora el *Bundesverfassungericht* y, además, del hecho de que los mismos sean calificados por este mismo órgano jurisdiccional como «estrictos». En otras palabras, no solo se exigen los requisitos ordinarios de fundamentación de todo recurso de amparo, sino que se imponen adicionalmente requisitos cualificados de admisibilidad -referidos de manera parca en la sentencia-, que se concretan en «expresarse de qué forma se ha vulnerado en el caso concreto la garantía humana protegida en el artículo 1 LF»[650].

En tercer lugar, y sin perjuicio de un examen pormenorizado de esta cuestión en el capítulo dedicado especialmente a los derechos fundamentales, el asunto Identity Review Order parece poner en tela de juicio la jurisprudencia Melloni y Åkerberg Fransson sobre la aplicación de un estándar de protección más elevado de los derechos fundamentales de acuerdo con lo prescrito en las Constituciones nacionales. Recordamos sintéticamente que aquella jurisprudencia diferenciaba dos posibles situaciones normativas -total o parcial determinación por el Derecho de la Unión- y solo en el caso de que el conflicto pudiera encuadrarse dentro del segundo de los supuestos sería posible admitir, en caso de existir, un estándar de protección nacional más exigente. Pues bien, la sentencia Identity Review Order cuestiona la construcción auspiciada por aquel binomio jurisprudencial al permitir que pueda prevalecer un nivel nacional de protección de los derechos fundamentales más garantista derivado de la Ley Fundamental de Bonn en aquellas situaciones que estén plenamente determinadas por el Derecho de la Unión. Por todo ello, la doctrina ha advertido de que por medio de este fallo se viene a revitalizar el control de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción constitucional al sortear la presunción Solange II acudiendo al test de identidad nacional[651]. Así entendido, y en contraposición a la línea jurisprudencial sentada desde la década de los años ochenta del siglo pasado, el control de identidad nacional no se basa en lo que podríamos llamar un test de equivalencia, sino que el mismo se erige como un impedimento absoluto a la aplicación del Derecho de la Unión.

En todo caso, a nuestro juicio, una correcta interpretación de esta sentencia exige una matización de tal aseveración en tanto que de la misma no se puede colegir una revocación completa de dicha presunción. Esto es así porque en el propio asunto Identity Review Order se precisa que el *Identitätskontrolle*, cuando tenga por objeto la protección de los derechos fundamentales, se articula por medio de un recurso de amparo que no se

[649] ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, «Karlsruhe rechaza la doctrina del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional», *op.cit.*, pp. 136-138.
[650] STCFA de 15 de diciembre de 2015, Identity Review Order, 2 BvR 2735/14, apartado 50.
[651] ANAGNOSTARAS, GEORGIOS, «Solange III? Fundamental Rights Protection under National Identity Review», *op.cit.*, pp. 249-252.

puede fundamentar en la pretendida violación de cualquier derecho fundamental, sino por un único motivo, si bien de contornos difusos, como es la garantía de la dignidad humana[652]. En consecuencia, no supone una ruptura completa respecto de la deferencia tradicional manifestada desde la instauración de aquella presunción en la medida en que limita la superación de la misma únicamente a aquellos casos en los que esté en juego la dignidad humana y no basta, por tanto, una mera alegación de vulneración de cualesquiera derechos fundamentales. En todo caso, no por ello deja de estar fundada la preocupación en torno a una peligrosa «normalización» de un mecanismo procesal concebido como un instrumento estrictamente extraordinario[653].

Ciertamente, por medio de esta decisión el Tribunal Constitucional Federal alemán parece retomar su interés por reafirmar su capacidad de controlar la protección de los derechos fundamentales garantizado en el ámbito de la Unión Europea. Y, todo ello, a pesar de que pudiera parecer que se trataba de un área sobre la que dicho Tribunal había decidido voluntariamente no intervenir en base a la notoria evolución del sistema europeo de protección de derechos fundamentales y a las limitaciones procesales autoimpuestas a partir de la sentencia Solange II. Dicho esto, y advertidas las inquietudes que puede generar un hipotético uso extensivo del control de la identidad nacional en los términos anunciados por el asunto Identity Review Order, con posterioridad la jurisprudencia nacional va a practicar una actitud compensatoria o de equilibrio en virtud de la cual una sentencia aparentemente disruptiva viene seguida de otra que ofrece vías de entendimiento para la resolución de conflictos constitucionales entre las máximas autoridades jurisdiccionales europeas dentro de los márgenes permitido por el Derecho de la Unión.

2.1.9. STCFA de 19 de diciembre de 2017

Con esta última sentencia ponemos fin al análisis judicial del control de identidad nacional ante la jurisdicción constitucional alemana por medio de la decisión más reciente hasta la fecha sobre este asunto dictada el 19 de diciembre de 2017[654]. Un Tribunal de Rumanía emitió una orden europea de detención y entrega contra un nacional de ese mismo Estado miembro para que fuese puesto a su disposición con el propósito de incoar un proceso penal por presuntos delitos de orden económico. Efectuada la detención y recabada la información pertinente en relación a las condiciones de reclusión a que sería sometido el ciudadano rumano, el Tribunal Superior de Hamburgo decidió acordar su entrega. Siguiendo las directrices marcadas en esta materia por la importante sentencia

[652] ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, «Karlsruhe rechaza la doctrina del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional», *op.cit.*, pp. 126-128.
[653] CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «La Constitución del Estado miembro», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 12, 2016, p. 30.
[654] STCFA de 19 de diciembre de 2017, 2 BvR 424/17. *Vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, «Euroorden, condiciones de reclusión y derechos fundamentales: Karlsruhe emplaza a completar la sentencia Aranyosi», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 66, 2018.

Aranyosi y Căldăraru[655], que exigen un doble examen -*in abstracto* e *in concreto*-, el Tribunal de instancia reconoció que existían indicios acreditados de deficiencias sistemáticas y generales en las condiciones de reclusión en Rumania. Sin embargo, no existía, a su juicio, un peligro real de trato inhumano o degradante para el procesado. Contra aquella decisión de entrega, el interesado interpuso un recurso de amparo alegando la conculcación de su dignidad humana esgrimiendo, de conformidad con la línea jurisprudencial iniciada en el asunto Identity Review Order, las estrictas condiciones que concurrían para que fuera activado el test de identidad nacional. Finalmente, el Tribunal de Karlsruhe estimó el recurso de amparo, anuló la decisión impugnada y devolvió el asunto al Tribunal *a quo*.

El procedimiento ante la jurisdicción constitucional alemana viene condicionado por una circunstancia de máximo interés y es que, a pesar de que el demandante no lo hubiera alegado expresamente, el Tribunal Constitucional Federal alteró los términos del debate al examinar el recurso con base a una hipotética vulneración del derecho al juez predeterminado por la Ley (artículo 101, apartado 1, frase 2, Ley Fundamental de Bonn), y no con referencia a la dignidad humana protegida por el artículo 1.1 *Grundgesetz*. En este sentido, el centro del debate giró en torno a la posible infracción *iusfundamental* que puede comportar el incumplimiento del deber de interponer una prejudicial europea ante el Tribunal de Justicia. Para ello, una vez recordada la consolidada jurisprudencia constitucional al respecto y su aplicación al caso concreto, termina por sentenciar que la omisión del planteamiento de una cuestión prejudicial imputable al Tribunal Superior de Hamburgo supone sobrepasar de manera irrazonable los límites de discrecionalidad atribuidos a los Tribunales ordinarios y, por tanto, había lesionado el derecho al juez predeterminado por la Ley.

En esencia, el *Bundesverfassungsgericht* sigue un razonamiento encadenado que pivota sobre las tres siguientes ideas. En primer lugar, estima que se trata de un supuesto de aplicación de la Carta (artículo 51 CDFUE) por tratarse de una situación jurídica determinada por el Derecho de la Unión. En segundo lugar, la obligación de activar la vía incidental -que no la mera posibilidad- viene impuesta por carecer la resolución del Tribunal Superior de Hamburgo de ulterior recurso de Derecho interno en los términos expresados por el artículo 267, apartado tercero, TFUE. En tercer lugar, existe una jurisprudencia insuficiente sobre la resolución del litigio que impiden refugiarse en la jurisprudencia del acto claro o aclarado como justificación para no solicitar la asistencia interpretativa del Tribunal de Luxemburgo. A la luz de todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional concluyó que el Tribunal ordinario había superado el margen de apreciación concedido a los mismos para elevar una cuestión prejudicial de lo que se

[655] STJUE de 5 de abril de 2016, Aranyosi y Căldăraru, C-404/15. *Vid.* ANAGOSTARAS, GEORGIOS, «Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi y Căldăraru», *Common Market Law Review*, núm. 53, vol. 6, 2016; BUSTOS GISBERT, RAFAEL, «¿Un insuficiente paso en la dirección correcta?», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 40, 2016; MARTÍN RODRÍGUEZ, PABLO J., «La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Căldăraru», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2016.

deriva una vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley.

Desde el punto de vista de la estrategia procesal adoptada, debe hacerse hincapié en que el Tribunal de Karlsruhe ha sustituido el marco conflictivo de la identidad nacional para encuadrarlo en un contexto de controversias judiciales ordinarias «dentro del sistema»[656] del Derecho de la Unión Europea. Esta es la principal consecuencia que debemos extraer de esta decisión judicial que no es otra que limitar este tipo de controversias para aquellos supuestos que verdaderamente no encuentren otro cauce mientras que, para el resto de casos, que será el escenario más habitual, sería deseable reconducir la confrontación en la línea marcada por el Tribunal alemán, esto es, a través de un marco dialéctico donde la cuestión prejudicial sea la protagonista. Con vistas a futuros pronunciamientos sobre la identidad nacional, es siempre arriesgado predecir si esta actitud conciliatoria será la línea que se terminará por imponer, pero, al menos, pudiera decirse que esta última sentencia permite entrever una voluntad de hacer de contrapeso frente a su precedente en el sentido de tratar de limitar la potencialidad perturbadora de este instrumento procesal en el conjunto del espacio constitucional europeo a los casos que verdad merezcan una protección del núcleo constitucional irrenunciable.

2.1.10. PSPP

Hasta la fecha, el último hito judicial en la compleja relación entre el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal de Justicia se ha producido en el asunto PSPP[657]. Este pronunciamiento cuestiona, en el marco de un control *ultra vires*, el indebido ejercicio por parte de la Unión de atribuciones que no le han sido transferidas, aunque también plantea de manera muy secundaria un control de identidad nacional. Los orígenes de este conflicto se remontan a una previa cuestión prejudicial elevada por el *Bundesverfassungsgericht*, que trae causa de varios recursos de amparo por los que se impugna la aplicación de diversas Decisiones del Banco Central Europeo por parte del Banco Federal alemán, así como la no intervención del Gobierno Federal de Alemania y del Parlamento Federal como respuesta a la implementación de esas normas en Alemania[658]. Concretamente, la petición de una cuestión prejudicial tiene por objeto la validez de la Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo -en su versión modificada por otras Decisiones posteriores[659]- sobre un programa de compra de valores

[656] ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, «Euroorden, condiciones de reclusión y derechos fundamentales: Karlsruhe emplaza a completar la sentencia Aranyosi», *op.cit.*, p. 139.
[657] STCFA de 5 de mayo de 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.
[658] ATCFA de 18 de julio de 2017, Weiss, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.
[659] Decisión (UE) 2015/2101, Decisión (UE) 2015/2464, Decisión (UE) 2016/702, Decisión (UE) 2017/100 y Decisión (UE) 2019/1558.

públicos en mercados secundarios, guardando en consecuencia enormes semejanzas con la cuestión de fondo debatida unos años antes en el asunto Gauweiler.

Este fallo ha atraído la atención de la doctrina por tratarse de la primera ocasión en que el máximo intérprete de la Ley Fundamental de Bonn ha declarado *ultra vires* los actos de varias instituciones de la Unión[660]. Ciertamente, existen precedentes judiciales emanados de otros Tribunales Constitucionales en los que se había proferido una decisión judicial de similar contenido en los asuntos Landtovà[661] y Ajos[662], si bien el papel especialmente destacado del Tribunal Constitucional Federal alemán en el espacio judicial europeo ha sido determinante a la hora de llamar la atención sobre el desafío que para el orden jurídico supranacional supone una declaración de estas características.

El objeto de la impugnación de los recurrentes es una Decisión de la Unión por la que se aprueba un programa de compra de valores públicos en el mercado secundario (en adelante, PSPP) que puede exceder del ámbito competencial del Banco Central Europeo por violar el principio de atribución (artículo 5.1 TUE) junto con la prohibición de financiación monetaria (artículo 123.1 TFUE) y, de igual modo, se alega una vulneración de la identidad nacional alemana como consecuencia de una infracción de las potestades presupuestarias del Parlamento federal. A petición del Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal de Justicia resuelve negativamente la decisión prejudicial suscitada en el asunto Weiss declarando que no existen fundamentos para sostener la invalidez de la Decisión controvertida[663]. En sustancia, y sin perjuicio de tratar con más detalles los pormenores de la misma con motivo del análisis de la sentencia dictada posteriormente por el Tribunal *a quo*, el Tribunal de Luxemburgo sostiene que el Banco Central Europeo actúo dentro del marco de sus atribuciones y con sometimiento al principio de proporcionalidad.

A juicio del Tribunal europeo, la ejecución del programa PSPP, cuyo objetivo declarado en la propia Decisión 2015/774 es asegurar la estabilidad de precios, forma parte del ejercicio ordinario de su competencia exclusiva en materia de política monetaria[664]. A este respecto, es preciso subrayar dos apreciaciones de enorme relevancia. Por un lado, los autores de los Tratados no pretendieron establecer un nítida

---

[660] *Vid.* FEICHTNER, ISABEL, «The German Constitutional Court's PSPP Judgment: Impediment and Impetus for the Democratization of Europe», *German Law Journal*, núm. 21, vol. 5, 2020; MARTÍN RODRIGUEZ, PABLO, «Y sonaron las trompetas a las puertas de Jericó…en forma de sentencia del *Bundesverfassungsgericht*», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 52, 2020; MAYER, FRANZ C., «The Ultra Vires Ruling: Deconstructing the German Federal Constitutional Court's PSPP decisión of 5 May 2020», *European Constitutional Law Review*, núm. 16, vol. 4, 2020.

[661] STC de la República Checa de 31 de enero de 2012, Landtová, Pl ÚS 5/12.

[662] STS de Dinamarca de 6 de diciembre de 2016, Ajos, 15/2014. *Vid.* NEERGAARD, ULLA y SORENSEN, KARSTEN E., «Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the *Ajos* Case», *Yearbook of European Law*, núm. 36, 2017; ŠADL, URŠKA y MAIR, SABINE, «Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A», *European Constitutional Law Review*, núm. 13, vol. 2, 2017.

[663] STJUE de 11 de diciembre de 2018, Weiss, C-493/17.

[664] *Ibid.*, apartados 53 a 70.

separación entre las políticas económicas y monetarias[665]. Por otro, no niega que es previsible y acepta los posibles efectos económicos que pueden derivarse de la aplicación del programa PSPP. Reconocidas estas posibles consecuencias, declara que las mismas no pueden suponer un obstáculo para alcanzar los objetivos de política monetarias, puesto que, en caso contrario, el Banco Central Europeo estaría impedido para la realización de la misión que le incumbe en virtud del Derecho primario[666]. No basta, en todo caso, con determinar si una medida está comprendida en ese ámbito de intervención reconocido al Banco Central Europeo, sino que, tal y como recuerda el Tribunal de Justicia, es preciso que la misma se ajuste al principio de proporcionalidad. Siguiendo una reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Luxemburgo procede a un control de la proporcionalidad en dos pasos mediante una evaluación de los asentados criterios de idoneidad y de necesidad. Constata el cumplimiento de ambos requisitos a la vista, de un lado, de la práctica de otros bancos centrales y diversos estudios[667] y, de otro, de la configuración del programa que permite garantizar que sus efectos se limiten a lo estrictamente necesario para alcanzar sus objetivos[668].

Por último, la quinta y última cuestión prejudicial refiere si una decisión del Banco Central Europeo que prevea la distribución de pérdidas entre los Bancos centrales de los Estados miembros, en caso de que las mismas sean de tal importancia que requieran de una recapitalización de un Banco central, puede vulnerar la identidad nacional alemana. Se aduce a este respecto la inadmisibilidad de esta última duda de interpretación de acuerdo con una jurisprudencia constante que impide al Tribunal de Justicia conocer de aquellas cuestiones prejudiciales que sean meramente hipotéticas y se revelen en la práctica como una una opinión consultiva, careciendo de competencias para pronunciarse sobre las mismas[669]. A pesar de esta declaración de inadmisibilidad, el Tribunal de Luxemburgo alega un par de razones que mitigan los posibles temores que puedan existir a este respecto. De un lado, que el Derecho primario no contempla ninguna norma que establezca una distribución de pérdidas entre los Bancos centrales. De otro lado, y en el concreto contexto del programa PSPP, ese reparto de pérdidas se aplica únicamente al caso de los valores emitidos por emisores internacional que no podrán superar el 10% del valor contable de las compras del citado programa. Estos argumentos fueron suficientes para convencer al Tribunal de Karlsruhe de la inexistencia de una infracción de la identidad nacional alemana, que fue descartada completamente[670].

Una vez devuelta la causa a manos del *Bundesverfassungsgericht* en su condición de Tribunal de remisión, este órgano judicial recordó las pautas establecidas por su propia jurisprudencia para llevar a cabo un control *ultra vires*. En pocas palabras, para que sea estimada una extralimitación competencial por parte de las autoridades europeas, se

[665] *Ibid.*, apartado 60.
[666] *Ibid.*, apartado 67.
[667] *Ibid.*, apartado 77.
[668] *Ibid.*, apartados 82 a 92.
[669] *Ibid.*, apartados 159 a 167.
[670] STCFA de 5 de mayo de 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, apartados 222 a 228.

precisa que la hipotética transgresión sea manifiesta y significativa. Así pues, se entenderá que concurren ambos presupuestos cuando dicha quiebra altere considerablemente el reparto de competencias en detrimento de los Estados miembros. En todo caso, para efectuar este control deberá respetarse, en principio, la interpretación y evaluación del Tribunal de Justicia en relación a los actos o normas que sean objeto de control ante la jurisdicción constitucional alemana. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal alemán enunció, una vez más, que su compromiso con el proyecto europeo comportaba que este escrutinio judicial de carácter excepcional debía regirse por los principios de coordinación y de autocontención. Sin embargo, advirtió que esta actitud inicialmente deferencial no resulta aplicable en aquellos casos en los que la interpretación de los Tratados no sea comprensible y, por tanto, sea objetivamente arbitraria[671].

Sentados estos parámetros generales de control judicial, el Tribunal Constitucional Federal alemán se ocupó primordialmente de evaluar el respeto del principio de proporcionalidad (artículo 5.1 y artículo 5.4 TUE) a tenor de los términos en que el Tribunal de Justicia lo había aplicado en el asunto Weiss. Los magistrados de Karlsruhe fueron particularmente duros en su resolución, tal y como se desprende de su consideración de que la aplicación del mencionado principio de proporcionalidad por parte de sus homólogos europeos «no es sostenible desde una perspectiva metodológica»[672]. Aplicado en tales términos, continúa el *Bundesverfassugsgericht*, este principio no puede cumplir con su función correctiva dirigida a salvaguardar las competencias de los Estados miembros e, incluso, llega a afirmar que se trata de una incorrecta aplicación del mismo que lo vacía por completo de significado[673]. A mayor abundamiento, el asunto PSPP critica severamente la ausencia de un juicio de ponderación en el que se tomen en consideración los efectos de naturaleza económica que la implementación del programa de compra de valores públicos en el mercado secundario puede comportar, consiguiendo con ello desdibujar la linea divisoria entre política monetaria y política económica. Por todo ello, concluye declarando *ultra vires* la Decisión del Banco Central Europeo por la que se aprueba el programa PSPP, así como la sentencia Weiss dictada por el Tribunal de Justicia. En consecuencia, este fallo comporta que estos actos no podrán ser aplicados en el ámbito del ordenamiento jurídico nacional. Se concede al menos, en clave de medida moduladora de los efectos de una declaración de incumplimiento, un período transitorio de tres meses para acordar como el *Bundesbank* va a desligarse de los compromisos estatales derivados de su previa participación en el programa de asistencia financiera[674].

La doctrina se ha pronunciado de manera unánime para expresar su reprobación en relación con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el

[671] *Ibid*, apartado 118.
[672] *Ibid.*, apartado 119.
[673] *Ibid.*, apartado 133.
[674] *Ibid.*, apartado 235.

asunto PSPP[675]. Desde un punto de vista sistémico, son reiteradas las palabras de reproche dirigidas hacia este fallo por las consecuencias que el mismo puede traer aparejado para la integridad del ordenamiento jurídico europeo, especialmente a resultas de la autoridad y del prestigio de que goza este órgano jurisdiccional en el espacio judicial europeo. Pone en riesgo el difícil equilibrio constitucional entre los Estados miembros y la Unión, que ha sido construido parcialmente con base en un diálogo judicial respecto del cual el Tribunal de Karlsruhe muestra en esta ocasión un insuficiente compromiso. Es aún pronto para adelantar sus efectos futuros, pero se están alzando voces que conminan -de manera más enérgica que ante conflictos judiciales precedentes de similar envergadura- a las autoridades de la Unión a defender su propio sistema jurídico mediante un recurso de incumplimiento[676]. En todo caso, es posible insertar este contencioso en una dinámica conocida de desencuentros entre las máximas autoridades judiciales europeas. Aunque se han proferido unas advertencias de suma gravedad, que incluso escalan el nivel de tensión expresado en sentencias anteriores, la misma no llegan a producir efectos prácticos. Así pues, han transcurrido los tres meses del periodo de transición otorgados por el Tribunal Constitucional Federal alemán para que el Banco Central europeo emitiera una nueva decisión aclaratoria ajustándose a los criterios señalados por el Tribunal de Luxemburgo sin que la misma haya sido aprobada. Y a pesar de todo, el Banco Central alemán no ha interrumpido en ningún momento su participación en la implementación del programa de compra controvertido.

2.2. Italia

Junto con su homólogo alemán, el Tribunal Constitucional italiano se ha erigido tradicionalmente en un destacado referente en el diseño del complejo sistema de relaciones interordinamentales propio del espacio jurídico europeo. La experiencia jurídica del país transalpino es un nítido exponente de las dificultades de las Cortes Constitucionales nacionales para asimilar en su plenitud los principios configuradores del ordenamiento jurídico supranacional. En particular, debe tenerse presente que una completa aceptación de la primacía entraba en tensión con los fundamentos del ordenamiento nacional, siendo este el gran desafío al que se enfrentaba la *Corte Costituzionale*. Esta circunstancia explica que la jurisdicción constitucional italiana haya

[675] Estas discrepancias a la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán han encontrado eco en el propio Tribunal de Justicia que publicó un comunicado de prensa sin precedentes unos días más tarde de la publicación del fallo de aquel órgano judicial. Por medio de la misma remarcaba su papel como única autoridad judicial competente para enjuiciar la validez del Derecho de la Unión y los riesgos potenciales de la sentencia para la uniformidad de ese Derecho. *Vid*. Comunicado de prensa del Tribunal de Justicia, núm. 58/20, 8 de mayo de 2020.

[676] FABBRINI, FEDERICO, «Suing the BVerfG», https://verfassungsblog.de/suing-the-bverfg/, *Verfassungsblog*, 2020; SARMIENTO, DANIEL, «Requiem for Judicial Dialogue - The German Federal Constitutional Court's Judgment in the Weiss Case and its European Implications», *EULawLive* blog, 2020.

debido transitar todo un «viaje europeo» para acomodarse a las exigencias derivadas del Derecho de la Unión[677].

2.2.1. Frontini

Un primer precedente judicial de incuestionable trascendencia aparece representado por la sentencia Frontini (1973), que supuso un importante esfuerzo por reconocer al ordenamiento jurídico europeo como una realidad jurídica singular[678]. La originalidad de la integración europea no hacía aconsejable dispensarle el mismo trato jurídico desarrollado por la *Corte Costituzionale* para el Derecho internacional, abandonando claramente con esta resolución judicial el enfoque establecido previamente en el asunto Costa c. ENEL[679]. Se supera un inicial planteamiento de acuerdo con el cual se otorgaba al Derecho comunitario el rango de una mera ley ordinaria, que permitía, en consecuencia, que toda norma posterior emanada del Parlamento italiano pudiera desplazar a los Tratados europeos, que los antecedían en el tiempo[680]. Tras las críticas generalizadas de la doctrina, la Consulta admite a partir del asunto Frontini la primacía europea[681]. El Tribunal Constitucional italiano se expresa en modo ciertamente oscuro del que no es posible deducir una aceptación general de dicho principio, pero al menos parece, en respuesta a las dudas planteadas en el conflicto de origen sobre la compatibilidad de un reglamento comunitario con el propio texto constitucional, admitirse la prevalencia de aquella fuente normativa[682].

Ese liderazgo italiano al que aludíamos previamente encuentra una de sus máximas expresiones en una innovadora construcción judicial inaugurada en la sentencia Frontini, que fue ampliamente acogida posteriormente a lo largo del todo el continente. Nos referimos a la insigne doctrina de los contralímites o *controlimiti* cuya autoría es generalmente atribuida a la labor de la *Corte Costituzionale* como una temprana reacción

---

677 BARILE, PAOLO, «Il cammino comunitario della Corte», *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 18, vol. 1, 1973.

678 STCI de 18 de diciembre de 1973, Frontini, 183/1973.

679 STCI de 24 de febrero de 1964, Costa c. ENEL, 14/1964.

680 STCI de 24 de febrero de 1964, Costa c. ENEL, 14/1964, apartado 6: «La violación de un Tratado [europeo], aunque pueda suponer incurrir en una responsabilidad del Estado en el plano internacional, no despoja por ello de plena eficacia a la ley que la contradice.
No hay duda de que el Estado debe honrar los compromisos que asume y no hay duda de que los Tratados tienen la fuerza jurídica que las leyes de ejecución les conceden. Pero siendo necesario mantener la supremacía de las normas posteriores, de acuerdo con el principio de sucesión temporal de las normas, de ello se sigue que cualquier posible conflicto entre una y otras no puede dar lugar a una cuestión de constitucionalidad (…)». Traducción propia.

681 BERNARDI, ALESSANDRO, «I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale», en BERNARDI, ALESSANDRO (coord.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzinali*, Jovene, Nápoles, 2017, pp. XXXII-XXXIII.

682 Para Mori, el hecho de que en la sentencia Frontini se reconozca a las normas comunitarias plena eficacia obligatoria sin necesidad de una ley de recepción y adaptación, supone un reconocimiento implícito de la primacía. MORI, PAOLA, «Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo», VENTURA, LUIGI y MORELLI, ALESSANDRO (eds.), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milán, 2015, p. 462.

frente a la inicial conformación del ordenamiento jurídico europeo a manos del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esta teoría judicial se apoya en una arraigada concepción dualista de las relaciones interordinamentales, expresada claramente por la propia Consulta, para quien

> «El derecho de esta [la Comunidad Europea] y el derecho interno de los Estados miembros pueden configurarse como sistemas jurídicos autónomos y distintos, aunque coordinados según el reparto de competencias establecido y garantizado por el Tratado»[683].

Una de las más relevantes consideraciones de este fallo es la de identificar inequívocamente al artículo 11 de la Constitución italiana de 1948[684] como el fundamento jurídico de la integración europea[685]. Este precepto constituye la denominada cláusula de apertura europea del ordenamiento italiano en virtud de la cual se consienten limitaciones a la soberanía nacional en favor de la entonces Comunidad Económica Europea dentro de los límites fijados en los Tratados constitutivos. En todo caso, esas limitaciones no pueden consentir una expansión tal que lleguen a hacerla irreconocible. En este sentido, el Tribunal Constitucional intervino precisamente para identificar una serie de principios constitucionales que, cualquiera que fuese la evolución futura de la integración europea, tenían la consideración de indisponibles. En concreto, la doctrina de los *controlimiti* fue formulada con claridad en el párrafo final de la sentencia:

> «Sobre la base del artículo 11 de la Constitución se han consentido limitaciones a la soberanía únicamente para la consecución de los fines en el mismo indicados; y debe por tanto excluirse que tales limitaciones, concretamente puntualizadas en el Tratado de Roma -suscrito por Países cuyos ordenamientos se inspiran en los principios del Estado de Derecho y garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos-, puedan en todo caso comportar para los órganos de la CEE un poder inadmisible de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o derechos inalienables de la persona humana. Es obvio que en el caso de que se diera al artículo 189 [actual art. 288 TFUE] una interpretación tan aberrante, en tal hipótesis estará siempre asegurada la garantía del control constitucional de este Tribunal sobre la perdurable compatibilidad del Tratado con los precedentes principios fundamentales»[686].

Este pasaje de la sentencia contiene dos ideas de singular relevancia para la delimitación del principio de primacía en la esfera nacional. En primer lugar, la Consulta señala dos límites a las posibles transferencias de poder a las entonces Comunidades Europeas: los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y los derechos

---

683 STCI de 18 de diciembre de 1973, Frontini, 183/1973, apartado 7. Traducción propia.

684 Artículo 11 Constitución italiana de 1948: «Italia repudia la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de otros pueblos y como medio de resolución de las controversias internacionales; consiente, en condiciones de paridad con otros Estados, las limitaciones de soberanía necesarias a un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales destinadas a este fin».

685 STCI de 18 de diciembre de 1973, Frontini, 183/1973, apartado 4.

686 *Ibid.*, apartado 9. Traducción propia.

inalienables de la persona humana. En segundo lugar, la *Corte Costituzionale* se reconoce a sí misma la facultad de controlar una posible transgresión de los contralímites como consecuencia de una interpretación inaceptable de los Tratados. No obstante, ni desarrolla cada uno de los límites genéricamente enunciados, ni entra en detalles sobre los criterios para llevar a cabo ese juicio, así como tampoco declara las consecuencias derivadas de una posible contradicción. En todo caso, se cuida de trasladar la idea de que ese es un escenario extraordinario y, por tanto, esos poderes de intervención se conciben como un mecanismo de defensa de uso excepcional[687].

2.2.2. Granital

Una década más tarde se dicta la sentencia Granital (1984) que se suma a las resoluciones básicas del Tribunal Constitucional italiano relativas a la demarcación de las relaciones entre el Derecho nacional y el supranacional[688]. Gracias a ella, tiene entrada parcialmente en el ordenamiento jurídico italiano la jurisprudencia Simmenthal. Cabe señalar, eso sí, que el asunto Granital no fue pronunciado hasta varios años más tarde respecto a la publicación de la decisión Simmenthal, sirviéndonos, por tanto, como una clara manifestación de los obstáculos interpuestos por la justicia constitucional italiana para la completa recepción de la primacía en el ámbito interno.

No está de más recordar que la sentencia Simmenthal introdujo dos importantes novedades. De un lado, supuso la expansión del ámbito de aplicación de la primacía europea frente a toda norma nacional con independencia de que esta hubiera sido aprobada con anterioridad o posterioridad a aquella. De otro, impuso a los Tribunales ordinarios la obligación de dotar a las normas comunitarias de plena eficacia e inmediata aplicación, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de estas por cualquier procedimiento constitucional. En rigor, este ensanchamiento de la primacía en su vertiente temporal únicamente se hace extensivo respecto del reglamento comunitario. Y, todo ello, para satisfacer, en palabras del Tribunal Constitucional italiano, las exigencias de seguridad jurídica que se manifiestan en una aplicación de los reglamentos que sea igual y uniforme en todo el ámbito territorial de la Comunidad Europea.

Reconocida la primacía en estos estrictos términos, no es de extrañar que pronto surgieran dudas entre los Tribunales ordinarios sobre el modo de proceder en caso de un conflicto entre una norma nacional y una otra comunitaria que no fuese un reglamento. En este sentido, apenas unos meses más tarde, el Tribunal de Justicia decidió en el asunto

[687] Una pronta confirmación de la sentencia Frontini aconteció apenas dos años más tarde en el asunto Società Industrie Chimiche Italia Centrale en la que la Consulta declaró que una norma nacional contraria al Derecho comunitario previamente vigente sufría de una tacha de inconstitucionalidad por no respetar la división de competencias contemplada en los Tratados garantizada en el artículo 11 de la Constitución italiana. *Vid*. STCI de 30 de octubre de 1975, Società Industria Chimiche Italia Centrale.
[688] STCI de 5 de junio de 1984, Granital, 170/1984.

BECA ampliar el ámbito de aquella jurisprudencia Simmenthal para incorporar también a los principios de Derecho comunitario en los términos interpretados por el Tribunal de Justicia[689]. Consecuentemente, en caso de contradicción entre un principio comunitario y una normativa nacional, correspondería al juez ordinario aplicar el primero. Asimismo, una ulterior expansión de la primacía en el ordenamiento interno se produjo en fechas más cercanas cuando se asumió por la *Corte costituzionale* la sentencia Fratelli Costanzo, imponiendo igualmente a las autoridades administrativas nacionales la obligación de otorgar prevalencia a las normas comunitarias[690].

Volviendo a la sentencia Granital, se estableció que la consecuencia jurídica en caso de constatación de una colisión entre una norma nacional y una norma comunitaria consistiría únicamente en la inaplicación de la primera[691]. Expresado en un sentido negativo, ese hipotético escenario en ningún caso puede comportar la nulidad de la disposición nacional controvertida en tanto que la misma permanece válida y efectiva para todos supuestos no gobernados por el ámbito de aplicación de la regla comunitaria. Asumir esta jurisprudencia encerraba un nuevo diseño de la organización del poder judicial nacional en la medida en que se alteraba el sistema de control concentrado de constitucionalidad establecido por el constituyente. Una consecuencia de esta jurisprudencia no era otra que desplazar el papel del Tribunal Constitucional italiano en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, debido al reconocimiento en favor de los Tribunales ordinarios de la facultad para cotejar la compatibilidad de la norma interna con el Derecho comunitario, contando para ello con la asistencia interpretativa del Tribunal de Justicia.

De todos modos, la *Consulta* no renunciaba a todas sus competencias en el ámbito de las relaciones interordinamentales, puesto que advirtió que mantenía intactas sus atribuciones para controlar el respeto a los «principios fundamentales del ordenamiento constitucional» y los «derechos inalienables de la persona humana». Se trata de una clara confirmación de la doctrina de los controlímites enunciada en el asunto Frontini, reiterando -con exactamente las mismas palabras- los límites a la primacía[692]. Ahora bien, la sentencia Granital no se limita a asumir esos dos obstáculos constitucionales, sino que amplía el abanico de materias que permiten iniciar este control jurisdiccional extraordinario al incorporar también el reparto competencial entre la Unión y los Estados

[689] STCI de 19 de abril de 1985, BECA, 113/1985, apartado. *Vid*. GAJA, GIORGIO, «New Developments in a Continuing Story: The Relationship Between EEC Law and Italian Law», *Common Market Law Review*, núm. 27, vol. 1, 1990, pp. 83-85; PETRICCIONE, RAFFAELE M., «Supremacy of Community Law over national law», *European Law Review*, núm. 11, 1986, pp. 326-327.
[690] STCI de 11 de julio de 1989, Provincia di Bolzano, 389/1989.
[691] STCI de 5 de junio de 1984, Granital, 170/1984, apartados 5 y 6.
[692] *Ibid.*, apartado 7: «Las observaciones hasta aquí desarrolladas no implican, sin embargo, que todo el conjunto de relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno sea sustraído a la competencia de la Corte. Este órgano colegiado ya ha advertido en la sentencia núm. 183/73 como la ley de ejecución del Tratado puede estar sujeta a su control en relación con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y con los derechos inalienables de la persona humana». Traducción propia.

miembros[693]. En todo caso, no puede dejar de hacerse notar que el propio Tribunal Constitucional recalca el carácter marginal de este control al caracterizar como «improbable» la posibilidad de que se confirme la hipótesis que obligaría a activarlo[694].

A la luz de la jurisprudencia constitucional examinada hasta el momento, es posible defender que ya a mediados de los años ochenta se alcanzó una «concordancia práctica» entre las visiones adoptadas respecto del principio de primacía por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional italiano[695]. Esta notable evolución hasta llegar a una sustancial convergencia ha sido posible como resultado de sucesivas decisiones judiciales emanadas de la *Corte Costituzionale* por la que ha ido asumiendo progresivamente las exigencias derivadas de ese principio. De todos modos, aun existiendo una asimilación de aproximaciones desde el punto de vista práctico, siguen subsistiendo ciertas diferencias teóricas de fondo que no pueden ser ignoradas. Estas se explican, en parte, por la diferente concepción de la interrelación entre el ordenamiento nacional y el supranacional. Así, mientras que la institución europea se suma a una visión monista, la Consulta no ha abandonado nunca una aproximación dualista, lo cual hace difícil un perfecto acoplamiento[696].

2.2.3. Fragd

A finales de la década de los años ochenta, la sentencia Fragd (1989) viene a ofrecer una ligera concreción respecto de la doctrina de los *controlimiti*, que hasta ahora se había caracterizado por una sustancial generalidad y abstracción[697]. Por un lado, las vagas referencias a los principios fundamentales del ordenamiento nacional y los derechos inalienables adquieren un mayor significado por medio de la identificación de los derechos fundamentales como una parte integrante de los mismos. En puridad, el Tribunal Constitucional italiano únicamente hace una expresa referencia al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución italiana) al que su propia jurisprudencia había reconocido la condición de principio fundamental de su ordenamiento. En todo caso, existen pocas dudas sobre una voluntad latente de ensanchar de un modo más general su control sobre las normas comunitarias para someterlas también al canon de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente[698]. Por otra parte, amplia el ámbito de

---

[693] *Ibidem. Vid.* PETRICCIONE, RAFFAELE M., «Italy: Supremacy of Community Law over National Law», *op.cit.*, p. 325.
[694] *Ibidem*.
[695] BARSOTTI, VITTORIA, CARTABIA, MARTA y SIMONCINI, ANDREA, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, *op.cit.*, p. 214.
[696] *Ibidem*.
[697] STCI de 13-21 de abril de 1989, Fragd, 232/1989. *Vid.* GAJA, GIORGIO, «New Developments in a Continuing Story: The Relationship between EEC Law and Italian Law», *op.cit.*
[698] *Ibid.*, p. 95.

aplicación de esta línea jurisprudencial para hacerla igualmente extensiva a las normas y actos de Derecho derivado, y no solo al Derecho primario[699].

En este caso, la *Consulta* vuelve a recordar una vez más que no renuncia a su jurisdicción, previamente proclamada en el asunto Frontini, para ejercer un control sobre cualquier interpretación o aplicación del Derecho comunitario por parte de las instituciones y órganos comunitarios que puedan resultar constitutivas de una lesión de los principios fundamentales del ordenamiento nacional o de los derechos inalienables. Ahora bien, insiste en la idea de que lo estima como un escenario «sumamente improbable». Llega a esta conclusión en base a la consideración de que tales principios esenciales forman igualmente parte del acervo comunitario y de la existencia de un amplio y eficaz sistema de tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de los particulares. Aun así, expresa sus cautelas respecto a una posible divergencia desde el punto de vista teórico entre los principios fundamentales del ordenamiento nacional y los del sistema jurídico comunitario. En ese caso, reivindica que permanecen intactas sus potestades para, si fuera necesario, acudir a la garantía última que le asegure el pleno respeto a los principios nucleares de su ordenamiento por medio del recurso a los contralímites[700].

2.2.4. Evolución jurisprudencial más reciente y sentencia del *Consiglio di Stato* 4207/2005

Uno de los rasgos más destacados de la jurisprudencia constitucional italiana en su dimensión europea ha sido la de la incorporación de la *Consulta* al grupo de Tribunales Constitucionales nacionales que han puesto fin a la tradicional resistencia de entablar un diálogo judicial directo, a pesar de que se existieran otros medios indirectos de los que se hacía uso para ponerse en comunicación con el Tribunal de Justicia[701]. Una nueva fase se inicia con la primera cuestión prejudicial elevada por parte del Tribunal italiano en el año 2008, siguiendo la senda ya iniciada por parte de los Tribunales Constitucionales belga y austriaco que habían emitido sendas cuestiones prejudiciales en 2001 y 2003,

[699] BARSOTTI, VITTORIA, CARTABIA, MARTA y SIMONCINI, ANDREA, *Italian Constitutional Justice in Global Context, op.cit.*, p. 216.
[700] STCI de 13-21 de abril de 1989, Fragd, 232/1989, apartado 3.1: «Pero eso no significa que desaparezca la competencia de esta Corte para verificar, a través el control de constitucionalidad de la ley de ejecución, si cualquier norma del Tratado, en los términos en que viene interpretada y aplicada por las instituciones y por los órganos comunitarios, entra en contradicción con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o atenta contra los derechos inalienables de la persona humana. Ciertamente, es sumamente improbable, pero aun así posible. Además, se tiene en cuenta que al menos desde un punto de vista de teoría general no puede afirmarse con certeza que todos los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional se encuentren entre los principios comunes de los ordenamientos de los Estados miembros y por tanto se encuentren incluidos en el ordenamiento comunitario». Traducción propia.
[701] *Vid*. MARTINICO, GIUSEPPE, «Preliminary References and Constitutional Courts: Are You in the Mood for Dialogue?», *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper*, núm. 2009/10, 2009.

respectivamente[702]. Esta primera cuestión prejudicial no ha sido un caso aislado y ha precedido a otras dos planteadas en 2013[703] y en 2016[704].

En los últimos años hemos asistido a una nueva saga judicial (Taricco) que ha captado la atención de la comunidad científica y que ha tenido como eje central una dialéctica entre las máximas autoridades jurisdiccionales sobre el límite último a la integración europea que constituye la identidad nacional. Esta serie de resoluciones ha servido para poner a prueba la aproximación dicotómica de la primacía europea. Una vez más, se ha apercibido sobre un posible recurso al mecanismo de *ultima ratio* en manos de la justicia constitucional italiana para garantizar la salvaguarda de su núcleo constitucional indisponible que, tal y como sucede en Alemania, jamás ha sido aplicado hasta el momento. O, quizás en términos más precisos, la teoría de los contralímites ha sido aplicada en varias ocasiones, aunque siempre con resultados desestimatorios.

En rigor, esta teoría fue aplicada por el *Consiglio di Stato*, órgano constitucional en el que confluyen competencias administrativas junto con otras propiamente jurisdiccionales (artículo 100 Constitución italiana), en la conocida sentencia Federfarma (2005)[705]. Este conflicto se inició con la adopción de una ley nacional de reestructuración del sector farmacéutico que, entre otras circunstancias, permitía que sujetos privados pudieran acceder a la titularidad de las corporaciones públicas encargadas de prestar el servicio de suministro de fármacos. Tras la entrada en vigor de esta norma, la *Corte costituzionale* declaró parcialmente la inconstitucionalidad de la referida ley de liberalización por vulneración del derecho fundamental a la salud[706]. Con posterioridad, correspondió al *Consiglio di Stato* pronunciarse sobre una decisión del ayuntamiento de Milán por el que se adjudicaba un contrato administrativo para la prestación de servicios farmacéuticos a una sociedad mercantil alemana.

En una decisión ampliamente criticada, el *Consiglio di Stato* invocó la doctrina de los contralímites para alcanzar su decisión en el asunto Federfarma. En particular, alegó que, para dar obligado cumplimiento a una sentencia emanada de la Consulta sobre una parcela relativa a «un espacio jurídico estatal del todo sustraído de la influencia del Derecho comunitario», no podía aplicar el Derecho comunitario potencialmente en

---

[702] ATCI de 13 de febrero de 2008, 103/2008.
[703] ATCI de 3 de julio de 2013, 207/2013.
[704] ATCI de 23 de noviembre de 2016, 24/2017.
[705] Sentencia del Consiglio di Stato de 8 de agosto de 2005, Federfarma, 4207/2005. *Vid.* BARONE, Anselmo, «A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via?», *Il Diritto dell'Unione Europea*, núm. 11, 2006; POLLICINO, ORESTE, «Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 4, 2005; RUGGIERI, ANTONIO, «Le pronunzie della Corte costituzionale come "controlimiti" alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento italiano?», *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2005; SARMIENTO, DANIEL, «The Silent Lamb and the Deaf Wolves. Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU Law», en AVBELJ, MATEJ Y KOMÁREK, JAN (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, Oxford, 2012, pp. 305-306.
[706] STC de Italia de 7 de agosto de 2003, 275/2003.

conflicto -sustancialmente, la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE) y de prestación de servicios (artículo 56 TFUE)-. En caso contrario, una aplicación inmediata del Derecho comunitario en tales circunstancias sería equivalente, en palabras del órgano juzgador, a una «auténtica abrogación del Tribunal Constitucional». Por lo que a nuestro análisis interesa, no cabe sino censurar este fallo por los siguientes tres motivos; en primer lugar, por el rechazo -pobremente justificado- para plantear una cuestión prejudicial a pesar de que existían sobrados motivos para interpelar a la autoridad interpretativa del Tribunal de Justicia; en segundo lugar, por asumir unas funciones que la *Corte costituzionale* ha reservado inequívocamente para sí de manera exclusiva en numerosas ocasiones[707]; en tercer lugar, por no explorar otros posibles caminos interpretativos más allá del comprometido recurso a una doctrina judicial prevista para situaciones de excepcionalidad. Todas estas circunstancias, sumadas a la inexistencia de un posterior fallo por el que se ejercite esta línea jurisprudencial por parte de la jurisdicción ordinaria, nos permiten valorar el mismo como un antecedente excepcional que se aparta nítidamente de la doctrina de los *controlimiti*.

A. Saga Taricco

a. El principio de legalidad en materia penal: regulación constitucional y procesal en Italia

La saga Taricco presentaba como telón de fondo un marco legislativo nacional deficiente a los efectos de prevenir y sancionar de manera efectiva la comisión de delitos en materia de fraude fiscal. En consecuencia, se presentan considerables dificultades para subsanar los posibles perjuicios que esto podía traer aparejado para los intereses financieros de la Unión a que se refiere el artículo 325 TFUE[708]. En concreto, tales deficiencias residían en una particular regulación de la figura de la prescripción en el ordenamiento jurídico italiano (artículos 157 a 160 del Código penal italiano), que dificultaba sobremanera que los procesos penales que se siguiesen contra aquellos que menoscaban los recursos de la Hacienda Pública nacional finalizasen en sentencia condenatoria y, por tanto, pudieran resarcir las cantidades obtenidas ilícitamente. En esencia, el centro de las controversias en este asunto se concentraba en el principio de

[707] En defensa de una jurisdicción exclusiva del Tribunal Constitucional italiano para el control de tales límites, se ha pronunciado repetidamente tanto la jurisprudencia (*vid*, entre otras, STCI de 18 de diciembre de 1995, 509/1995; STCI de 29 de diciembre de 1995, 536/199) como la doctrina (*vid*., por todos, TIZZANO, ANTONIO, «La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo…», *Il Foro Italiano*, 1984). En un sentido contrario sobre este punto a la doctrina mayoritaria, *vid.* CELOTTO, ALFONSO, «I controlimiti presi sul serio», *Guistizia amministrativa*, núm. 4, 2005.

[708] Artículo 325 TFUE: «1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte sus propios intereses financieros».

legalidad penal y, más particularmente, en el diferente alcance del mismo en el ordenamiento jurídico nacional y en el supranacional.

Este es uno de los valores básicos de todo orden democrático cuyo fundamento es el de actuar como garantía frente al *ius puniendi* atribuido al Estado. En tales circunstancias, no es de extrañar que sea un principio común consagrado tanto en el sistema jurídico italiano (artículo 25 Constitución italiana[709]) como en el Derecho de la Unión (artículo 49 CDFUE[710]). No obstante, sin perjuicio de constatarse esta semejanza entre ambos ordenamientos, son precisamente las diferencias en su concreto desarrollo legislativo y jurisprudencial las que van a motivar este conflicto. A continuación, se examinará con un mayor grado de detalle la regulación nacional, tanto desde una perspectiva constitucional como procesal, con el propósito de evidenciar esas potenciales disonancias[711].

Desde la óptica constitucional, el principio de legalidad penal presenta un amplio alcance que se extiende a la infracción, la pena impuesta y el plazo de prescripción. Precisamente, el elemento diferencial italiano consiste en otorgar al plazo de prescripción una protección reforzada de dimensión constitucional mientras que los restantes Estados miembros y la propia Unión regulan el principio de legalidad penal en términos más restringidos. A los efectos de apuntar sus características más esenciales, baste añadir que los tres elementos enunciados -infracción, pena y plazo de prescripción- deben estar definidos de manera clara y precisa en una ley que se encuentre en vigor en el momento de la comisión del acto delictivo. Volviendo al punto verdaderamente discordante, contrariamente a la mayoría de los sistemas jurídicos europeos en los que las normas de prescripción en materia penal tienen la consideración de normas procesales, las mismas se califican en el Derecho italiano como normas sustantivas y forman parte integral del principio de legalidad de delitos y faltas. En todo caso, la problemática no se suscita exclusivamente desde una perspectiva constitucional, sino también encuentra su causa en una regulación caracterizada por su ineficacia.

Desde el plano procesal, es preciso comenzar prestando atención a la figura de la interrupción de la prescripción penal. Esta figura está contemplada únicamente para unos

---

[709] Artículo 25 de la Constitución italiana: «Nadie podrá ser privado de su juez natural previsto por la ley.
Nadie podrá ser condenado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho punible.
Nadie podrá ser objeto de medidas de seguridad salvo en los casos previstos por la ley».

[710] Artículo 49 CDFUE: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.
2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.
3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

[711] Respecto del régimen jurídico nacional en materia de prescripción y sus diferencias con el Derecho de la Unión, resultan muy clarificadoras las explicaciones del AG Y. Bot con motivo de sus conclusiones en este asunto. *Vid.* Conclusiones del AG Y. Bot de 18 de julio de 2017, Taricco II, C-42/17.

pocos actos procesales, de manera que puede suponer un indudable obstáculo a un posible procesamiento o condena. En aquellos casos en que sí esté prevista, la interrupción de la prescripción no determina el comienzo del cómputo de un nuevo plazo con la misma duración del plazo inicial, sino que, con carácter general, se prolonga hasta un máximo de un cuarto respecto de su duración inicial. Y, como traba adicional, debe señalarse que no está contemplada la posibilidad de que un acto procesal pueda ser interrumpido más de una vez. Así las cosas, se puede concluir sin dificultades que la regulación nacional presenta un elevado riesgo de impunidad de hechos delictivos en materia fiscal ante los serios obstáculos existentes para poner fin a un proceso penal sin que se cumpla previamente el plazo de prescripción que hace fenecer toda la causa. Este mismo diagnóstico ha sido compartido desde instancias nacionales, europeas e internacionales, que han advertido reiteradamente de las deficiencias de la normativa italiana. Además, es una cuestión que trasciende las fronteras nacionales en la medida en que se ven igualmente comprometidas las finanzas públicas europeas cuyos recursos dependen de la capacidad recaudatoria de los Estados miembros[712].

b. Primera etapa: dificultades constitucionales para la aplicación de la sentencia supranacional entre los Tribunales nacionales

Esta saga judicial da comienzo con una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Constitucional italiano al Tribunal de Justicia para plantear una serie de dudas en relación a una sentencia previa dictada por la jurisdicción europea que, para evitar posibles confusiones, denominaremos de aquí en adelante Taricco I[713]. En esencia, se plantea al Tribunal de Luxemburgo la compatibilidad de diversos preceptos del Código penal italiano reguladores de la prescripción con el Derecho de la Unión. El Tribunal de Luxemburgo resolvió el asunto con una exigencia dirigida a los Tribunales nacionales de que no aplicasen los artículos 160, último párrafo, y 161.2 del Código penal a fin de respetar los intereses financieros de la Unión. En el pasaje clave de esta decisión, el Tribunal de Justicia dispuso que:

> «Siempre que dicha normativa nacional impida imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión, o se establezca en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate plazos de prescripción más largos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión»[714].

Este fallo pronto encontró dificultades para para ser aplicado por parte de los Tribunales nacionales por considerar que el mismo podía entrar en contradicción con principios básicos del orden constitucional y, más concretamente, con el principio de

[712] Sobre la vinculación entre la no percepción de ingresos fiscales derivados de prácticas fraudulentas y la correspondiente minoración del presupuesto de la Unión, *vid.* STJUE de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, apartado 26; STJUE de 8 de septiembre de 2015, Taricco I, C-105/14, apartado 38.
[713] STJUE de 8 de septiembre de 2015, Taricco I, C-105/14.
[714] *Ibid.*, apartado 58.

legalidad penal. En tales circunstancias, la *Corte di Cassazione* y la *Corte d'appello* de Milán decidieron elevar sendas cuestiones de constitucionalidad para que el Tribunal Constitucional italiano se pronunciara sobre la conformidad de la controvertida doctrina Taricco con el texto constitucional nacional, siendo admitidas y acumuladas para ofrecer una respuesta conjunta.

c. Segunda etapa: la *Corte costituzionale* inicia el diálogo (ATCI 24/2017)

La Consulta parte del reconocimiento de la primacía del Derecho de la Unión como un «hecho establecido» en una constante jurisprudencia constitucional con fundamento en el artículo 11 de la Constitución italiana[715]. En todo caso, reitera su defensa de una concepción no absoluta de dicho principio y vuelve a recordar que los principios supremos del orden constitucional y los derechos humanos inalienables son un «prerrequisito» de la aplicabilidad del Derecho europeo[716]. A mayor abundamiento, aclara que el principio de legalidad en materia penal forma parte de esos principios supremos a los que alude su jurisprudencia y que una interpretación del artículo 325 TFUE contraria al mismo obligaría a ese Tribunal a intervenir para impedirlo[717]. De todos modos, no debe pensarse que la reacción del Tribunal Constitucional italiano consistió en limitarse a proferir una amenaza sobre una interpretación unilateral de esa norma de Derecho derivado y una posible aplicación de la doctrina de los contralímites. Por el contrario, en consonancia con una actitud más cooperativa iniciada unos años antes, este Tribunal sentó las bases para un diálogo estructurado merced a la solicitud de una cuestión prejudicial ante las dudas que le suscitaba si la interpretación sugerida por los Tribunales de instancia era compartida por el Tribunal de Luxemburgo.

En su auto de remisión, la *Corte costituzionale* expresa de manera clara que su pretensión al incoar esta acción es que el Tribunal de Justicia le corrobore que las directrices marcadas en la sentencia Taricco I son plenamente aplicables, salvo en aquellos aspectos que puedan comportar una lesión de la identidad nacional italiana. En caso de confirmarse esa apreciación, se anticipa en el auto, en un claro gesto de distensión, que el fallo que hubiera de dictarse con posterioridad a la devolución de la cuestión incidental desestimará la cuestión de constitucionalidad. En otra muestra de sensibilidad

[715] ATCI de 23 de noviembre de 2016, 24/2017, apartado 2. *Vid*, por todos, MASTROIANNI, ROBERTO, «La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?», en BERNARDI, ALESSANDRO y CUPELLI, CRISTIANO (dirs.), Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, Jovene, Nápoles, 2017; RUGGERI, ANTONIO, «Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora opone, i controlimiti», en BERNARDI, ALESSANDRO y CUPELLI, CRISTIANO (dirs.), Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, Jovene, Nápoles, 2017; TEGA, DILETTA, «Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue», en BERNARDI, ALESSANDRO y CUPELLI, CRISTIANO (dirs.), Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, Jovene, Nápoles, 2017.
[716] ATCI de 23 de noviembre de 2016, 24/2017, apartado 2.
[717] *Ibidem*.

hacia el ordenamiento jurídico europeo, revela que su propósito es el de preservar la identidad nacional italiana, pero que esa aspiración no comporta necesariamente una quiebra del principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión y que, por el contrario, es plenamente respetuoso con el principio de cooperación leal y de proporcionalidad[718].

Señala que el principio de legalidad previsto constitucionalmente es comparativamente más protector que el reconocido en el artículo 49 CDFUE debido a una particular construcción nacional que hace incluir en el mismo no solo la conducta punible y la sanción, sino también el régimen de la prescripción. En opinión del Tribunal italiano, este planteamiento puede encontrar amparo en el artículo 53 CDFUE, si se interpreta que la regulación nacional de la prescripción supone una protección más elevada. En defensa de esta interpretación, señala que la sentencia Omega ya ha reconocido previamente que los Estados miembros no tienen por qué dispensar todos una protección idéntica de los mismos derechos fundamentales y que consideraciones de orden nacional pueden dar como resultado la aplicación de un estándar de protección diverso. Además, se preocupa de distanciar este caso del asunto Melloni a sabiendas de que en tal caso la pretensión del Tribunal Constitucional español de permitir una interpretación del artículo 53 CDFUE que avalase la interpretación *iusfundamental* más garantista prevista constitucionalmente no fue satisfecha.

La *Corte Costituzionale* fijó los términos del debate a los que tendría que dar respuesta el Tribunal de Justicia en modo tal que permiten por el momento una lectura ambivalente; ya sea como una manifestación de deferencia por iniciar un diálogo judicial por medio del planteamiento de una cuestión prejudicial; ya sea como una amenaza velada de ejercer su jurisdicción extraordinaria en caso de que no lograr una interpretación coincidente con la propuesta de su auto de remisión[719].

d. Tercera etapa: el TJUE ofrece una solución de compromiso (Taricco II)

En el asunto Taricco II, el Tribunal de Justicia desarrolla un análisis en el que pone en el centro del debate la imbricación entre el principio de legalidad penal y la protección de los derechos fundamentales[720]. Para empezar, dispone que la protección de

[718] *Ibid.*, apartado 8.
[719] En relación a las «luces y las sombras» de la petición de decisión prejudicial emitida por el Tribunal Constitucional italiano, *vid.* MASTROIANNI, ROBERTO, «La Corte Costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema dei "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?», *op.cit.*
[720] STJUE de 5 de diciembre de 2017, Taricco II, C-42/17. Existe una abundante literatura sobre este caso, *vid.*, entre otros, BASSANI, MARCO y POLLICINO, ORESTE, «Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome», *Verfassungsblog*, 2017; BONELLI, MATTEO, «The *Taricco* saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 25, vol. 3, 2018; GALLO, Daniele, «Controlimiti, identità nzionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 1, 2017; GUASTAFERRO, BARBARA, «Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli:

los intereses financieros europeos mediante la imposición de sanciones penales se encuadra dentro de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros (artículo 4.2 TFUE). No obstante, sin perjuicio de que en el lapso de tiempo transcurrido desde la sentencia Taricco I hasta el presente asunto se haya adoptado la Directiva (UE) 2017/1371 con el objeto de armonizar esta área, no existían en el momento de los hechos controvertidos una regulación europea al respecto. Por tanto, el ordenamiento jurídico italiano podía prever que la regulación de la prescripción estuviese comprendida en el Derecho penal material y quedara sometido al principio de legalidad.

El Tribunal de Justicia pone el acento en la necesidad de respetar los derechos fundamentales de los acusados derivados del principio de legalidad y, en especial, en que la necesidad de garantizar que los recursos de la Unión se perciban de manera efectiva no puede ir en contra del respeto de ese principio. Subraya que el principio de legalidad en materia penal -con cada una de las tres exigencias de previsibilidad, precisión e irretroactividad- es igualmente un principio general del Derecho de la Unión, tal y como se desprende del artículo 49 CDFUE y de las tradiciones constitucionales comunes[721]. En cuanto al fondo del asunto, la parte fundamental de la sentencia dispone que:

> «Si el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código penal controvertidas vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión»[722].

Entre las tres cuestiones prejudiciales elevadas por el Tribunal de remisión, la tercera de ella planteaba directamente y sin ambigüedades si la identidad nacional italiana podía suponer un obstáculo para la puesta en práctica de la jurisprudencia Taricco. Dicho de otro modo, se preguntaba si el respeto al principio de legalidad en materia penal en los términos concebidos en el ordenamiento nacional podía justificar que se continuasen aplicando las disposiciones del Código penal italiano reguladoras de la prescripción aun cuando su aplicación pudiera afectar a los recursos financieros de la Unión. En este sentido, la solución ofrecida por el Tribunal de Justicia para dirimir el litigio está cargada de la habilidad suficiente como para dar respuesta a las exigencias interpretativas del Tribunal Constitucional italiano sin necesidad de contestar de manera expresa a la tercera de ellas. En lugar de abordar el conflicto desde la óptica de la excepcionalidad que caracteriza a la identidad nacional, presenta la agudeza de reconducir alternativamente el mismo al terreno ordinario de los derechos fundamentales.

La presente sentencia constituye una confirmación de la jurisprudencia Åkerberg Fransson, que versa sobre el nivel de protección de los derechos fundamentales aplicable en aquellos casos en que nos situemos dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la

---

sezionando il caso Taricco», *Quaderni costituzionali*, vol. 2, 2018; LUPO, ERNESTO, «La sentenza M.A.S. della Corte di Giustizia e i suoi effetti: continua la saga Taricco», *Quaderni costituzionali*, vol. 1, 2018; SARMIENTO, DANIEL, «Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.», *Quaderni Costituzionali*, vol. 1, 2018, p. 229.

[721] *Ibid.*, apartado 51.

[722] *Ibid.*, apartado 61.

Unión y cuando no exista una situación normativa totalmente armonizada. En tales circunstancias, las posibilidades de recurrir al estándar nacional se restringen a la concurrencia de tres requisitos cumulativos, a saber: que no se reduzca el nivel de protección de la Carta, que no resulten comprometidos los principios de primacía, unidad y efectividad europeos y que nos encontremos ante un área no completamente determinada de ese Derecho. Si bien la sentencia guarda silencio sobre los dos primeros puntos, pone de relieve la autonomía de que goza el legislador italiano en esta parcela del Derecho penal sustantivo. Solo así es posible entender que entre la debida protección de los derechos fundamentales de acuerdo con los parámetros nacionales y la aplicación del Derecho de la Unión se haga prevalecer el primero y, todo ello, sin necesidad de comprometer la primacía europea.

De este modo, el equilibrio del fallo reside en la capacidad de ofrecer una respuesta coherente con el sistema jurídico europeo al tiempo que le permite reformar la jurisprudencia de la que trae causa en sus puntos más conflictivos. Para ello, no duda en asumir como propios los perfiles del principio de legalidad en materia penal del ámbito nacional en una clara muestra de que la pluralidad de declaraciones de derechos y de Tribunales competentes en la esfera de los derechos fundamentales en el contexto europeo pueden constituir un sistema de control recíproco que redunde en un progresivo fortalecimiento por medio de una técnica de emulación o asunción. Por último, se genera una situación de confianza en el sistema multinivel europeo en la medida en que esta sentencia puede concebirse como un refuerzo positivo para los Tribunales Constitucionales que cuentan con un claro precedente de que el Tribunal de Justicia puede retractarse de sus postulados iniciales aviniéndose a las tesis de los primeros.

e. Última etapa: recepción de la sentencia Taricco en el ordenamiento nacional

Esta saga judicial llega a término con la sentencia 115/2018 con la que el Tribunal Constitucional da finalmente respuesta a las dos *questioni di legittimità costituzionale* planteadas por la *Corte di cassazione* y la *Corte d'appello* de Milán[723]. Recordamos que, en esencia, los órganos judiciales recurrentes cuestionaban la compatibilidad de la llamada «regla Taricco» -la obligación de las autoridades judiciales italianas de inaplicar la normativa nacional relativa a la prescripción de los delitos y las faltas cuando tales disposiciones impidan imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número

[723] STCI de 10 de abril de 2018, 115/2018. *Vid*. AMALFITANO, CHIARA Y POLLICINO, ORESTE, "Jusqu'ici tout va bien… ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco", *Rivista di Diritti Comparatti*, https://www.diritticomparati.it/jusquici-tout-va-bien-ma-non-sino-alla-fine-della-storia-luci-ombre-ed-atterraggio-della-sentenza-n-115-2018-della-corte-costituzionale-che-chiude-la-saga-taricco/, 2018; FARAGUNA, PIETRO, "Roma locuta, Taricco finita", *Rivista di Diritti Comparatti*, https://www.diritticomparati.it/roma-locuta-taricco-finita/, 2018; FEDERICO, GIACOMO DI, «Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della "regola *Taricco*" nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE», Federalismi, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38091, núm. 4, 2017.

considerable de casos graves de fraude que vulneren los intereses financieros de la Unión- con el principio de legalidad penal (artículo 25.2 Constitución italiana). Considerada la interpretación favorable del Tribunal de Luxemburgo en el asunto Taricco II a las dudas elevadas por la *Consulta* en su petición de cuestión prejudicial, hubiera sido previsible una decisión de este último órgano judicial que hubiera encontrado acomodo con los dictados de aquel. Sin embargo, esta sentencia no supone una mera recepción de la previa decisión del Tribunal de Justicia en el ordenamiento nacional, conteniendo algunas reflexiones no del todo conciliatorias que pueden tensar las relaciones futuras entre ambas autoridades judiciales.

Corresponde sustancialmente a la *Corte costituzionale* enjuiciar si la regla Taricco es o no conforme con el principio de legalidad penal, que, no olvidemos, es considerado uno de los principios esenciales del ordenamiento jurídico italiano. En un primer momento, es oportuno destacar que el Tribunal Constitucional afirma categóricamente su competencia exclusiva para conocer de este tipo de controversias, esto es, para enjuiciar aquellos casos en los que «el Derecho de la Unión entra en contradicción con los principios supremos del orden constitucional y, en particular, con los derechos inalienables de la persona»[724]. Conviene precisar que dicho principio presenta dos perfiles respecto de los cuales será examinada su compatibilidad con aquella regla: prohibición de irretroactividad y determinación. Puede adelantarse que, si bien la sentencia 115/2018 consideró que la regla Taricco cumplía con el primero de tales rasgos del principio consagrado en el artículo 25.2 de la Constitución italiana, entendió que no era respetuoso con el segundo de ellos.

De un lado, respecto del principio de irretroactividad, cabe recordar que el Tribunal de Justicia declaró que la regla Taricco no es aplicable a hechos acaecidos con anterioridad al 8 de septiembre de 2015, que es la fecha del asunto Taricco I, salvando así una posible transgresión del principio de irretroactividad *in malam partem*. Siendo así, dicha regla no resulta de aplicación a los procesos principales ante la *Corte di cassazione* y la *Corte d'appello* de Milán, lo que lleva a la *Consulta* a declarar infundadas ambas *questioni di legittimità costituzionale*[725]. Hasta este punto no existen dificultades para apreciar una concodancia entre la sentencia 115/2018 y la emitida previamente en el asunto Taricco II. No obstante, el punto de fricción aparece inmediatamente a continuación cuando el Tribunal Constitucional italiano procede a evaluar la compatibilidad de la regla Taricco con el principio de indeterminación penal. En relación a este punto, niega la aplicabilidad de la regla Taricco por cuanto interpreta que vulnera el artículo 25.2 de la Constitución italiana en la medida en que considera que aquella presenta un «evidente déficit de determinación»[726].

[724] STCI de 10 de abril de 2018, 115/2018, apartado 8. Traducción propia.
[725] *Ibid.*, apartados 6, 7 y 9.
[726] *Ibid.*, apartados 10 y 11.

Esta sentencia ha merecido la crítica de la doctrina italiana, que ha advertido que el Tribunal Constitucional nacional ha hecho uso de una retórica comparativamente más incisiva de la que venía siendo habitual en su relación, históricamente estrecha[727], con el Tribunal de Luxemburgo[728]. Este contraste es particularmente evidente si tomamos en consideración la cuestión prejudicial elevada por la *Corte costituzionale* que dio lugar a la sentencia Taricco II, que ha sido generalmente alabada como un ejercicio de cooperación judicial. Debe alertarse igualmente de que de esta decisión judicial se desprende una interpretación más conflictiva de la identidad nacional como resultado de una «lectura soberanista» de la Constitución italiana, en línea con pronunciamientos recientes de otras Cortes Constitucionales nacionales[729]. En particular, esta sentencia se inscribe en una dinámica judicial de mayor tensión entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia en relación a los límites a la integración europea, siendo probablemente el ejemplo más nítido la sentencia dictada por el *Bundesverfassungsgericht* en el recentísimo asunto PSPP.

2.3. Francia

2.3.1. Introducción: características específicas del Derecho francés

El ordenamiento jurídico francés reconoce la primacía del Derecho de la Unión, aunque ha debido recorrer un camino zigzagueante hasta alcanzarse en la actualidad una situación de aceptación casi integral de dicho principio. Este sistema jurídico presenta una serie de rasgos específicos que lo diferencian de las experiencias constitucionales alemana e italiana, siendo preciso tenerlos presentes para comprender las dificultades para la interiorización de la primacía europea en el Derecho francés. Fundamentalmente, son tres los caracteres que dan forma a la singularidad gala: una concepción monista de las relaciones entre el ordenamiento interno y el internacional, la fuerza normativa de la ley y una dualidad de jurisdicción, que diferencia entre el orden civil y el orden administrativo[730].

En principio, una aproximación monista no debería ser un obstáculo para una recepción plena del principio objeto de análisis, sino precisamente un motivo para facilitar su incorporación. No obstante, debe llamarse la atención sobre una particularidad consagrada en la Constitución de 1958, que hunde sus más profundas raíces en la historia

---

[727] SCIARRA, SILVANA y NICASTRO, GIUSEPPE, «A New Conversation: Preliminary References from the Italian Constitutional Court», *Maastricht Journal of European Law*, núm. 23, vol. 1, 2016.
[728] FABBRINI, FEDERICO y POLLICINO, ORESTE, «Constitutional Identity in Italy. Institutional Disagreements at a Time of Political Change», en CALLIES, CHRISTIAN y VAN DER SCHYFF, GERHARD (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutinalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 218-219.
[729] *Ibid.*, p. 221.
[730] Con carácter general, sobre las particularidades de la asimilación del principio de primacía del Derecho de la Unión en el régimen jurídico francés, *vid.* PLÖTNER, JENS, «Report on France», en SLAUGHTER, ANNE-MARIE, STONE SWEET, ALEC y WEILER, JOSEPH H.H., *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998, pp. 42-75.

constitucional de este Estado miembro a partir de la Revolución francesa de 1789, como es una noción estricta de la separación de poderes. En efecto, esta rígida concepción del principio revolucionario ha comportado que las leyes provenientes de la Asamblea Nacional (*Assemblée Nationale*) y del Senado (*Sénat*), como expresión de la voluntad nacional, sean inviolables y únicamente puedan ser sometidas al escrutinio del *Conseil Constitutionnel*. Este es el único órgano del Estado que tiene atribuida la facultad de revisar las leyes, la cual únicamente puede ejercerse con carácter previo a la entrada en vigor de la ley y, en ningún caso, puede ser iniciada a instancias de un particular. Sin embargo, este régimen constitucional ha sido objeto de una importante transformación con motivo de la aprobación de la *loi constitutionelle* de 23 de julio de 2008 en virtud de la cual se introdujo la conocida cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité*). Esta reforma legal incorporó de manera novedosa un control de compatibilidad de las leyes ya en vigor con los derechos fundamentales, que corre a cargo del Tribunal Constitucional francés y es incoado a resultas de una consulta previa emitida por un Tribunal ordinario[731]. Por último, la clásica dualidad de jurisdicción propia de este ordenamiento ha motivado apreciables diferencias en las resoluciones emanadas del *Conseil d'État*, la *Cour de Cassation* y el *Conseil Constitutionnel* en cuanto a los métodos y al ritmo de la integración del principio de primacía[732].

2.3.2. Primera etapa: disparidad de criterios entre el *Conseil d'État*, la *Cour de Cassation* y el *Conseil Constitutionnel*

A. Semoules

El Consejo de Estado, máxima autoridad jurisdiccional francesa en el orden administrativo, fue el primero en expresar su parecer en relación a la recepción de la primacía en el ordenamiento interno. Este órgano judicial rechazó rechazó la posibilidad de otorgar primacía al Derecho comunitario sobre las leyes nacionales en el asunto Semoules (1968)[733]. Concretamente, declaró que era incompetente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una ley parlamentaria con una norma comunitaria porque se trataba de una competencia que correspondía únicamente al Consejo Constitucional y, por tanto, adoptar dicha decisión atentaría contra el sistema institucional de separación de poderes instaurado por el constituyente.

B. Café Jacques Vabres

[731] *Vid*. SARMIENTO, DANIEL, «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la UE», *op.cit.*
[732] PLÖTNER, JENS, «Report on France», *op.cit.*, p. 43.
[733] Sentencia del *Conseil d´État* de Francia de 1 de marzo de 1968, Syndicat Géneral de Fabricants de Semoules de France, núm. 62814.

La sentencia Semoules contrasta vivamente con la posición que sostuvo posteriormente la Corte de Casación, la más alta jurisdicción en materia civil y penal, que reconoció la prioridad del Derecho comunitario a partir del caso Café Jacques Vabres (1975)[734]. Enfrentado a un conflicto en el que se confrontaban una norma nacional en materia fiscal y el Tratado de la Comunidad Económica Europea con motivo de la importación de mercancías procedentes de los Países Bajos, el Tribunal francés resolvió aplicar el Tratado con fundamento en el artículo 55 de la Constitución, que recogía la tradición monista en el Derecho doméstico[735]. A diferencia de la argumentación defendida por la más alta instancia administrativa, la *Cour de Cassation* estimó que no se enfrentaba a un problema sobre el control de constitucionalidad de la ley, sino que cuando existiera una contradicción entre una norma interna y un acto internacional que hubiera sido incorporado al ordenamiento nacional, la propia Constitución otorgaba prioridad a este último. Por consiguiente, correspondía a los Tribunales ordinarios la obligación de aplicar el texto constitucional, siendo innecesario referir la cuestión al *Conseil Constitutionnel* para que se pronunciara al respecto.

C. Nicolo

Esta situación de inicial divergencia entre las máximas autoridades judiciales en nuestro país vecino llegó a su fin a raíz de la sentencia Nicolo dictada por el Consejo de Estado en 1989[736]. Gracias a ella, fue posible acercar las posturas sobre la aproximación al principio de primacía en el ámbito interno y, así, abandonar su secular posición de aislamiento fruto de la doctrina iniciada a raíz del asunto Semoules. A partir de entonces, se sumaría al razonamiento adelantado por la Corte de casación, que reconocía la primacía europea sobre la base del mencionado artículo 55 de la Constitución francesa. Aun así, lo cierto es que este principio seguía presentando dificultades en el orden nacional, siendo buena prueba de ello las palabras pronunciadas en ese mismo caso por el *Commisaire* Frydman, donde manifestaba su contrariedad con la plena asimilación del mismo en los términos expresados por el Tribunal de Justicia. A su juicio, la recepción de la primacía se producía con fundamento en una disposición nacional, y no tomando en consideración un pretendido carácter específico del sistema jurídico comunitario ni en la reiterada jurisprudencia propia que lo declaraba como un ordenamiento autónomo.

D. SCC de 19 de junio de 1970, 70-39 DC

[734] Sentencia de la *Cour de Cassation* de Francia de 24 de mayo de 1975, Administration Douanes v. Société «Café Jacques Vabre» et Sàrl Weigel et Cie, 73-13556.
[735] Artículo 55 de la Constitución de Francia de 1958: «Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte».
[736] Sentencia del *Conseil d'État* de 20 de octubre de 1989, Nicolo.

Como hemos advertido previamente, las resoluciones procedentes de estas dos instancias judiciales constituyen únicamente dos de los tres vértices del complejo sistema jurisdiccional nacional por lo que se refiere a la problemática de la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho comunitario. Desde la perspectiva constitucional, la posición tradicional venía dominada por una visión en virtud de la cual se otorgaba un mismo fundamento al Derecho internacional y el Derecho procedente de las Comunidades Europeas. En este punto, una referencia clásica es la sentencia de 19 de junio de 1970 del *Conseil Constitutionnel* por la que se afirmaba que los Tratados constitutivos habían sido debidamente ratificados y entraban dentro del campo de aplicación del artículo 55 de la Constitución francesa[737].

2.3.3. Segunda etapa: consolidación de la incorporación de la primacía europea

A. SCC de 9 de abril de 1992, núm. 92-308 DC.

Este recorrido histórico experimenta un punto de inflexión como resultado de la reforma constitucional operada en Francia en junio de 1992 para ajustarse a las exigencias derivadas de la aprobación del Tratado de Maastricht[738]. Previamente, el Consejo Constitucional se había pronunciado en la sentencia 92-308 DC sobre la compatibilidad de esta nueva reforma de los Tratados con la Constitución, manteniendo igualmente el artículo 55 como fundamento para el engarce entre los ordenamientos nacional y supranacional[739]. Como avanzábamos, la irrupción de la nueva revisión convencional europea supuso un verdadero impacto en el régimen constitucional interno al incorporar toda una nueva rúbrica (Título XV) íntegramente consagrada a la Unión Europea bajo la denominación «De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea» (artículos 88.1 a 88.7).

El estudio de la jurisprudencia constitucional sobre la acomodación de la primacía europea en el ordenamiento francés revela una clara distinción según se aborde una hipotética contradicción entre la Constitución y los Tratados o entre la Carta Magna francesa y el Derecho derivado. Respecto de la primera de estas aproximaciones, el *Conseil Constitutionnel* declaró en la decisión 92-308 DC que:

> «Considerando, sin embargo, que en el caso de que los compromisos internacionales suscritos a este fin [participar en la creación o en el desarrollo de una organización internacional permanente dotada de personalidad jurídica e investida de poderes de decisión por efecto de la transferencia de competencias consentidas por los Estados miembros] contengan una cláusula contraria a la Constitución o menoscaben las

[737] SCC de 19 de junio de 1970, 70-39 DC, apartado 7.
[738] *Loi constitutionnelle* de 25 de junio de 1992, núm. 92-554, JORF, 26 junio de 1992.
[739] SCC de 9 de abril de 1992, núm. 92-308 DC.

condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional, la autorización para ratificarlos exige una revisión constitucional»[740].

En otras palabras, toda incompatibilidad entre la Constitución y los Tratados exige una modificación de aquella previa a la ratificación de la norma convencional y dicha contradicción será apreciable en aquellos casos en los que exista una disposición contraria al texto constitucional o una vulneración de las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional.

Varias reformas de los Tratados constitutivos a lo largo de la historia de la integración europea se encuentran en el origen de reformas constitucionales por las que se han incorporado normas que han habilitado expresamente una transferencia de poderes en favor de la Unión o articulan los términos en que Francia ha de participar en el ejercicio de dicha competencia. Tales modificaciones se han operado sobre el artículo 88 de la *Constitution française*, que ha ido incluyendo sucesivos apartados (2, 3, 4, 5, 6 y 7)[741] para conformarse a las exigencias derivadas de la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 1997, la Constitución europea de 2004 y el Tratado de Lisboa de 2007, habiendo sido preciso en cada uno de tales casos un previo pronunciamiento de compatibilidad con la Constitución por parte del Tribunal Constitucional francés[742].

B. SCC de 10 de junio de 2004, 2004-496 DC

Las tensiones entre la Constitución y el Derecho derivado han encontrado una articulación más compleja, según se desprende de las sucesivas resoluciones de la jurisdicción constitucional. En este sentido, resulta clave la sentencia 2004-496 DC[743]

---

[740] *Ibid.*, apartado 14. Traducción propia.

[741] A raíz de tales revisiones constitucionales, se ha dado cauce para integrar en el ámbito interno el establecimiento de la Unión Económica y Monetaria Europea, la libre circulación de personas en el territorio europeo y la orden de detención europea (artículo 88.2), el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Unión residentes en Francia (artículo 88.3), la participación de la Asamblea Nacional y del Senado en los proyectos o propuestas de actos legislativos europeos (artículo 88.4), la exigencia de referéndum previo para la adhesión de un nuevo Estado a la Unión (artículo 88.5), el control de subsidiariedad por parte de ambas cámaras legislativas (artículo 88.6) e, igualmente, la intervención de estas últimas en caso de aprobación de actos normativos europeos en materia de revisión simplificada de los tratados o de cooperación judicial civil (artículo 88.7).

[742] *Vid.*, respectivamente, SCC de 9 de abril de 1992, 92-308 DC; SCC de 31 de diciembre de 1997, 97-394 DC; SCC de 19 de noviembre de 2004, 2004-505 DC; SCC de 20 de diciembre de 2007, 2007-560 DC.

[743] SCC de 10 de junio de 2004, 2004-496 DC. *Vid.* SEGURA SERRANO, ANTONIO, «La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, 2005; RODRIGUEZ IGLESIAS, GIL C., «El Consejo Constitucional francés reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, Editorial, 2004. Por lo que se refiere a su estudio en la doctrina francesa, *vid.*, entre otros, CASSIA, PAUL, «Le veritable sens de la décision nº. 2004-496 du Conseil Constitutionnel», *Actualité juridique droit administratif*, núm. 26, 2004; MATHIEU, BERTRAND, *Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences*

que, en palabras de la doctrina francesa, supuso una «revolución jurisprudencial»[744] que ha venido a conformar sustancialmente el marco actual para la determinación de la relación entre la Constitución francesa y el Derecho secundario. En particular, esta decisión se ocupa de llevar a cabo un control de constitucionalidad de la ley de confianza en la economía digital (*loi pour la confiance dans l'économie numérique*[745]) por la que se traspone la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico al ordenamiento interno. Con respecto a este contencioso, el Consejo Constitucional afirmó que:

> «Considerando que a tenor del artículo 88-1 de la Constitución: "La República participa en las Comunidades europeas y en la Unión Europea, constituidas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los tratados que las han establecido, ejercer en común algunas determinadas competencias"; que, de este modo, *la transposición en derecho interno de una directiva comunitaria resulta de una exigencia constitucional a la cual no podría hacerse obstáculo sino en razón de una disposición expresa contraria de la Constitución*; que, en ausencia de semejante disposición, sólo corresponde al juez comunitario, en su caso pronunciándose a título prejudicial, controlar el respeto por una directiva comunitaria tanto de las competencias definidas por los tratados como de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea»[746].

A raíz de esta resolución judicial, se pueden extraer varias ideas por lo que se refiere a las relaciones entre el ordenamiento nacional y supranacional tomando como eje vertebrador el principio de primacía.

En primer lugar, el *Conseil Constitutionnel* declaró que toda transposición de una directiva es una «exigencia constitucional», que se interpreta como un imperativo fruto del artículo 88.1 de la Constitución, y no meramente una obligación comunitaria. A través de esta decisión, se revela un firme compromiso para asegurar que el legislador nacional cumpla con esta obligación hasta el punto de que un incumplimiento de la misma se eleva a la categoría de una infracción de la Constitución nacional. En segundo lugar, se supera la primigenia aproximación internacionalista al abandonar el artículo 55 como fundamento de la integración para pasar a abrazar a partir de aquel momento el artículo 88.1[747]. En tercer lugar, se admite que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el único órgano competente para examinar la validez de una Directiva. En caso contrario, se estaría enjuiciando indirectamente esta misma norma, lo que constituiría un claro desconocimiento de la tradicional jurisprudencia Foto-Frost, que

---

constitutionnelles nationales, Dalloz, 2004; LEVADE, ANNE, «Le Conseil Constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé», *Revue de droit publique*, núm. 4, 2004.

[744] MATHIEU, BERTRAND, «Le droit constitutionnel fait son entrée au Conseil constitutionnel», *Les Petites Affiches*, núm. 167, 2006, p. 4.

[745] *Loi* nº 2004-575 de 21 de junio de 2004 *pour la confiance dans l'économie númerique*.

[746] SCC de 10 de junio de 2004, 2004-496 DC, apartado 7. La cursiva es nuestra.

[747] Artículo 88.1 Constitución francesa de 1958: «La República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, compuestas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los tratados que las han instituido, ejercer en común algunas de sus competencias.
Podrá asimismo participar en la Unión Europea con las condiciones previstas por el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado que instituye la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007».

deniega a las jurisdicciones nacionales, incluida la constitucional, el poder de declarar inválidos los actos normativos de Derecho derivado. Esta construcción jurisprudencial, conocida entre la doctrina nacional como «teoría de la directiva pantalla» (*directive écran*), va a permitir alcanzar una distribución idónea de tareas entre órganos judiciales, por no decir que es coherente con la línea jurisprudencial expresada desde hace décadas por parte del Tribunal de Justicia.

Una de las declaraciones más relevantes de toda la sentencia es aquella por la que se reconoce jurisdicción al Tribunal Constitucional francés para estimar si una transposición de una directiva vulnera una «disposición expresa contraria de la Constitución». En estas circunstancias, es posible diferenciar dos posibles escenarios, de manera que la regla general será el ejercicio del control de validez de las Directivas por parte del Tribunal de Justicia y, solo con carácter excepcional, podrá llevar a cabo el *Conseil Constitutionnel* un control de constitucionalidad cuando se aprecie la existencia de una norma explícitamente contraria al texto constitucional francés.

Esta cláusula ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina francesa en atención a su falta de claridad[748]. Se ha entendido que «no se trata de una construcción jurisprudencial, sino de un enunciado constitucional explícito, basado en el bloque de constitucionalidad como es el caso de la definición del cuerpo electoral recogida en el artículo 3 de la Constitución de 1958 o la fórmula contenida en el artículo 6 de la Declaración relativa a los criterios de acceso a los empleos públicos»[749]. Este extremo fue confirmado por varios pronunciamientos dictados en los meses siguientes, que presentan un interés adicional más allá de su mera confirmación en la medida en que vinieron a dotar a aquella fórmula jurisprudencial de una mayor precisión[750]. Concretamente, la sentencia 498-2004 DC apuntó los caracteres que debe presentar una norma constitucional susceptible de autorizar una intervención del Tribunal Constitucional francés para el control de una directiva. Así, deberán concurrir dos rasgos en tal disposición, esto es, que sea explícita y específica. En el asunto apenas referido, el *Conseil Constitutionnel* rechazó iniciar un control de constitucionalidad de la ley relativa a la bioética que implementaba la Directiva 98/44/CE por una posible vulneración de la libertad de expresión reconocida en el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, integrada en el bloque de constitucionalidad, porque la misma está igualmente protegida en el sistema jurídico europeo. Para llegar a esa

[748] MATHIEU, BERTRAND, "Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 18, 2005; PICOD, FABRICE, "Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 18, 2005.
[749] *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 17, 2004, p. 12, nota a pie de página 15.
[750] SCC de 1 de julio de 2004, 2004-497 DC (ley relativa a las comunicaciones electrónicas y a los servicios de comunicación audiovisuales); SCC de 29 de julio de 2004, 2004-498 DC (ley relativa a la bioética); SCC de 29 de julio de 2004, 2004-499 DC (ley relativa a la protección de las personas físicas sobre el tratamiento de datos de carácter personal).

conclusión, consideró que la salvaguarda de esa libertad estaba garantizada por tratarse de un principio general de Derecho comunitario derivado del artículo 10 CEDH[751].

Esta resolución contribuyó a esclarecer el significado de esta excepción procesal, pudiendo sostenerse que tal disposición expresa contraria a la Constitución únicamente puede tener acogida en el Derecho Constitucional francés. Expresado en un sentido negativo, no se incluyen en esa fórmula aquellas disposiciones que encuentren un reconocimiento simultáneo en la Constitución nacional y en el Derecho comunitario[752]. Incluso, se ha llegado a interpretar que, a pesar de los términos literales de la cláusula, una norma constitucional no escrita no debe ser necesariamente excluida porque lo verdaderamente decisivo no es su carácter explícito, sino si las mismas son o no exclusivas del ordenamiento jurídico francés[753].

C. Arcelor

El Consejo de Estado asumió como propia esta jurisprudencia a partir de la sentencia Arcelor (2007), aunque presenta unos perfiles propios que corresponde precisar[754]. A modo de breve consideración preliminar, añadir únicamente que el control de constitucionalidad de los actos de transposición de directivas se ha diseñado en el ordenamiento francés otorgando la competencia a la jurisdicción constitucional y a la administrativa, según si la norma de transposición ostenta rango legal o reglamentario[755]. Iniciando propiamente el análisis de este asunto, se constata en un primer momento la obligación constitucional de transponer una directiva de conformidad con la interpretación del artículo 88.1 de la Constitución francesa proveída anteriormente por el Consejo Constitucional[756]. Esta misma premisa de la que parte todo su razonamiento constituye una verdadera innovación en la medida en que abandona la tradicional visión internacionalista del ordenamiento jurídico comunitario fundada en el artículo 55 de la

[751] SCC de 29 de julio de 2004, 2004-498 DC, apartado 6.
[752] GENEVOIS, BRUNO, «Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. A propos de la décision nº2004-496 DC du 10 juin 2004», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, 2004, p. 661.
[753] CHARPY, CHLOE, «The Status if (Secondary) Community Law in the French Internal Order: The Recent Case-Law of the *Conseil Constitutionnel* and the *Conseil d'État*», *European Constitutional Law Review*, núm.3, vol. 3, 2007, p. 444.
[754] Sentencia del *Conseil d'État* de 8 de febrero de 2007, Arcelor, núm. 287110. *Vid*. CHATIEL, FLORENCE, «Le Conseil d'État reconnaït la specificité constitutionnelle du droit communautaire. À propos de la décision Arcelor du 8 février 2007», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 508, 2007; LEVADE, ANNE, «Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, 2007; MAGNON, XAVIER, «La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit commnautaire par le Conseil d'État», *Revue Française du Droit Administratif*, núm. 3, 2007.
[755] Esta organización competencial encuentra su fundamento en el artículo 61 de la Constitución francesa de 1958 en virtud de la cual se otorga al Tribunal Constitucional francés el monopolio del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley.
[756] Sentencia del *Conseil d'État* de 8 de febrero de 2007, Arcelor, núm. 287110, apartado 11.

Constitución de 1958 para reconocer a partir de entonces la especificidad del mismo basándose de manera conjunta en los artículos 55 y 88.1 del texto constitucional.

Constatado aquel deber de transposición, el control de constitucionalidad de actos reglamentarios debe regirse por dos métodos diferenciados en atención a si la directiva contiene o no disposiciones claras e incondicionales[757]. En caso afirmativo, el *Conseil d'État* debe proceder a un examen en dos pasos, según si existe en el ordenamiento comunitario una disposición equivalente a la norma o principio constitucional en juego. En caso negativo, el órgano judicial guarda silencio sobre el modo de proceder, habiéndose especulado diferentes alternativas procesales por parte de la doctrina[758]. Si no existiera tal paralelismo jurídico, el control judicial por parte del órgano administrativo se desarrolla sin someterse a ninguna peculiaridad y, por tanto, está facultado para examinar directamente la constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias controvertidas. Por el contrario, si se observa la referida equivalencia, se inicia la segunda fase en la que corresponde al órgano jurisdiccional francés evaluar si la disposición comunitaria es al menos tan protectora como el precepto constitucional invocado. A estos efectos, le corresponde estudiar más concretamente si ese principio comunitario está debidamente respetado por la directiva objeto de transposición.

Para terminar, la competencia para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la norma reglamentaria por parte del Consejo de Estado se mantendrá únicamente cuando no exista una protección equivalente; en caso contrario, pierde toda facultad de control en beneficio de la jurisdicción comunitaria. Asimismo, cabe señalar que en el transcurso de este último análisis deberá valerse necesariamente de la asistencia interpretativa del Tribunal de Justicia por medio de una cuestión prejudicial si albergase dudas sobre la validez de la directiva por razón de contravenir el principio comunitario de que se trate.

En síntesis, el interés del asunto Arcelor reside en la creación de un criterio de control que difiere del fijado por parte de la jurisdicción constitucional. En efecto, coinciden ambos en verbalizar una reserva de jurisdicción para controlar indirectamente el Derecho comunitario y declarar, en su caso, su inconstitucionalidad, si bien en base a parámetros no totalmente coincidentes, puesto que la jurisdicción administrativa impuso un nuevo criterio basado en el examen del nivel de protección. En definitiva, se confecciona un nuevo canon de control más manejable y restrictivo porque presenta unos contornos más delimitados, a diferencia de la vaguedad que caracteriza a la excepción configurada por parte de la jurisdicción constitucional. Por tanto, el *Conseil d'État* gozará de jurisdicción para desarrollar un control de constitucionalidad cuando esté en peligro una disposición constitucional específica del ordenamiento francés y/o un principio común a los ordenamientos nacional y supranacional, pero cuando el mismo presente un alcance o intensidad mayor en el sistema jurídico nacional.

---

[757] *Ibidem*.

[758] MAGNON, XAVIER, "La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit commnautaire par le Conseil d'État", *op.cit.*, p. 578.

2.3.4. Tercera etapa: aparición del concepto de identidad constitucional

Un nuevo hito jurisprudencial relativo a la recepción de la primacía en el Derecho francés aparece representado por la sentencia del Consejo Constitucional de 2006-540 DC dictada en el año 2006[759]. Interesa este fallo en tanto que transforma la anterior fórmula «disposición expresa contraria a la Constitución» por una nueva redacción que incorpora de manera novedosa el concepto de «identidad constitucional» en el léxico de la jurisprudencia constitucional francesa. Debe indicarse que, a ojos de la doctrina[760], esta no constituye una nueva y autónoma excepción a la prioridad del Derecho de la Unión, sino una evolución de la primera con la que presenta una continuidad[761].

En opinión de la doctrina francesa, no hay duda de que esta fórmula encuentra su inspiración en el artículo I-5.1 de la Constitución europea que, como bien sabemos, se refiere precisamente a la cláusula de identidad nacional[762]. Conviene recordar a este respecto que uno de los argumentos de mayor peso invocados por el *Conseil Constitutionnel* para declarar la conformidad del Tratado Constitucional con la Constitución francesa fue precisamente la inclusión de dicha disposición[763]. En particular, la jurisdicción constitucional francesa consideró que la obligación de respetar la identidad nacional de los Estados miembros comportaba una garantía frente a un desbordamiento de la primacía más allá de los confines delimitados por la jurisprudencia constitucional previa[764]. Nótese que la aparición de esta noción se produce en un contexto muy concreto como es el del ámbito del control de constitucionalidad de actos normativos nacionales de transposición de directivas. No constituye, pues, una jurisprudencia cuyos efectos presenten un ámbito de aplicación general frente a toda acción u omisión de las autoridades de la Unión, sino que se limita a esas precisas normas de Derecho derivado.

A primera vista, pudiera parecer que la voluntad de los magistrados del Consejo Constitucional ha sido la de restringir la excepción primigenia, puesto que la nueva redacción presenta un contenido aparentemente más limitado e, incluso, podría interpretarse que ya estaba protegido por el redactado inicial. Sin embargo, de acuerdo con la línea mayoritariamente manifestada por la doctrina nacional, el *Conseil*

---

[759] SCC de 27 de julio de 2006, núm. 2006-540 DC.

[760] *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 21, 2006, p. 12; MATHIEU, BERTRAND, «Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 72, vol. 4, 2007, p. 677.

[761] SCC de 27 de julio de 2006, núm. 2006-540 DC, apartado 19: «Considerando, en primer lugar, que la transposición de una directiva no puede oponerse a una regla o a un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, salvo que el constituyente lo haya consentido». Traducción propia.

[762] Artículo I-5.1 Constitución europea: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional».

[763] SCC de 19 de noviembre de 2004, núm. 2004-505 DC.

[764] *Ibid.*, apartado 13.

Constitutionnel ha aumentado el ámbito de su poder de reserva debido a los vagos términos de la nueva fórmula, que vienen a conceder en la práctica un amplio margen al máximo intérprete constitucional[765]. A todas luces, se trata de una fórmula «misteriosa» en el sentido de que es lo suficientemente general como para no imponer una imagen precisa sobre la misma y permite diversas conjeturas sobre las reglas y principios que en el caso concreto puede integrar dicha identidad[766]. En efecto, la doctrina francesa no se expresa con una sola voz con respecto a la significación de esta noción enigmática y la jurisprudencia presenta una asistencia limitada por el escaso número de pronunciamientos a este respecto. A día de hoy, solo contamos con otras tres sentencias emanadas del Tribunal Constitucional francés que han vuelto a referirse a esta noción, lo que nos permite corroborar que es una categoría jurídica asentada en la jurisprudencia constitucional[767]. Otra cuestión distinta es la escasa aportación de la mismas con miras a esclarecer su debatido sentido.

En todo caso, si existe al menos un consenso general sobre la idea de que la misma comprende aquellas disposiciones constitucionales específicas de Francia, esto es, aquellas que son protegidas en el ordenamiento jurídico francés, pero que carecen de un reconocimiento o salvaguarda parcial o totalmente equivalente en el sistema jurídico de la Unión[768]. A juicio de la doctrina, además de la definición del cuerpo electoral (artículo 3 de la Constitución de 1958) o los criterios de acceso a los empleos públicos (artículo 6 de la Declaración de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) a los que aludimos previamente, se podrían igualmente añadir el principio de laicidad y la prohibición de conceder derechos específicos a las minorías étnicas, lingüísticas o de cualquier otro género, siendo ambas reconducibles al artículo 3 de la Constitución de 1958[769].

A partir de las pocas resoluciones existentes, es harto complejo desentrañar el contenido de esa noción, si bien es posible formular hipótesis sobre su operatividad. Las «reglas o principios inherentes a la identidad constitucional de Francia» juegan el papel de una excepción invocable por el Consejo Constitucional a los efectos de controlar la conformidad de una directiva con tales parámetros y, en caso de apreciarse una

---

[765] CHATIEL, FLORENCE, «Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auters», *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 68, vol. 4, 2006, p. 847.

[766] ROUSSEAU, DOMINIQUE, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenee?», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011, p. 93.

[767] *Vid*. SCC de 30 de noviembre de 2006, 2006-543 DC; SCC de 19 de junio de 2008, 2008-564 DC; SCC de 12 de mayo de 2010, 2010-605 DC.

[768] Sobre el concepto de identidad constitucional en el ordenamiento jurídico francés, *vid*. MILLET, FRANÇOIS-XAVIER, «Constitutional Identity in France: Vice and -Above all- virtues», en CALLIES, CHRISTOPH y VAN DER SCHYFF, GERHARD (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019; REESTMAN, JAN-HERMAN, «The Franco-German Constitutional Divide. Reflects on National and Constitutional Identity», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, vol. 3, 2009.

[769] MATHIEU, BERTRAND, «Le respect par L'Union européenne des valeurs fondamentale de l'ordre juridique nationale», *op.cit.*, p. 185.

incompatibilidad, impedir la transposición[770]. No obstante, esta jurisprudencia es difícilmente conciliable con el Derecho de la Unión, puesto que una declaración de incompatibilidad de la norma de transposición con la identidad constitucional francesa invalidaría la obligación que recae sobre el Estado de llevar a cabo la recepción de la norma de Derecho derivado al ámbito nacional. Y, todo ello, a pesar de que la ausencia de transposición -o, incluso, una transposición defectuosa- es susceptible de desencadenar una acción por incumplimiento que termine declarando la responsabilidad del Estado infractor.

Un rasgo muy distintivo del estudio de la identidad nacional en el marco del ordenamiento jurídico francés es el de una construcción muy particular de esa noción, que se diferencia de las elaboraciones jurisdiccionales procedentes de otros Tribunales Constitucionales nacionales. Frente al resto de jurisdicciones constitucionales que han dado forma a esta categoría jurídica, el caso galo se caracteriza por incorporar una exigencia añadida de especifidad constitucional inexistente en los restantes Estados miembros.

En torno a la conceptualización de la noción de identidad nacional, presenta particular interés compartir unas breves consideraciones desde el punto de vista del Derecho comparado y, particularmente, confrontar la experiencia constitucional francesa y la alemana[771]. Existen al menos tres diferencias reseñables que se refieren a los siguientes extremos: mutabilidad, alcance de las respectivas cláusulas de intangilibidad y flexibilidad.

En primer lugar, sobresale el contraste entre una visión absoluta o inmutable defendida por el Tribunal Constitucional Federal alemán frente a una aproximación mucho más flexible del *Conseil Constitutionel*. Se observa con claridad a partir de la sentencia Lisboa que las materias identificadas por el Tribunal de Karlsruhe como parte integrante de la identidad nacional alemana constituyen un claro límite al poder de reforma constitucional, de manera que únicamente puede operarse un cambio sobre las mismas procediendo a la apertura de un nuevo pacto constituyente[772]. Es más, esa misma resolución arroja dudas sobre si esa posibilidad de reforma estaría incluso vedada en el marco de la aprobación de un nuevo texto constitucional[773]. Por el contrario, el carácter relativo o mutable se puede advertir en el caso de Francia si atendemos a la circunstancia de que su identidad nacional puede ser modificable, ya sea por medio de la intervención de ambas cámaras parlamentarias expresando su voto favorable seguido de un referéndum, ya sea a través de la aquiescencia de Asamblea Nacional y Senado

[770] ROUSSEAU, DOMINIQUE, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenee?», *op.cit.*, p. 97.
[771] *Vid.* REESTMAN, JAN-HERMAN, «The Franco-German Constitutional Divide. Reflects on National and Constitutional Identity», *op.cit.*, pp. 388-390.
[772] STCFA de 20 de junio de 2008, Lisboa, 2 BVerfG 2/08, apartado 216.
[773] *Ibid.*, apartado 217.

organizadas en la forma de Congreso (*Congrès*) por mayoría de tres quintos sin necesidad de referéndum (artículo 89 Constitución francesa).

En segundo lugar, ambos Estados comparten un sistema de reforma constitucional que incorpora una cláusula de intangibilidad, si bien con un contenido parcialmente diferenciado. A diferencia de la escueta extensión de la regulación constitucional francesa, que únicamente incorpora como límite infranqueable a la reforma de su Carta Magna la forma republicana de gobierno (artículo 89, apartado 5), la cláusula de perennidad alemana (*Ewigkeitsklausel*) presenta un contenido significativamente más amplio. Así, el artículo 79.3 de la *Grundgesetz*, con remisión explícita a los artículo 1 y 20, incluye dentro de los aspectos no susceptibles de reforma a la dignidad humana, la democracia, el Estado de Derecho, el carácter social del Estado, la República y el Estado federal.

En tercer lugar, y estrechamente asociado al anterior punto, existe una notoria diferencia entre la rigidez de la cláusula de perennidad alemana frente a la flexibilidad de la misma propia del régimen francés. Así, la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre una reforma de su *clause d'intangibilité*, lo que viene a desvirtuar en la práctica el carácter especialmente reforzado que se presupone a una previsión de este tipo[774].

En definitiva, el estudio de la jurisprudencia constitucional revela que el *Conseil Constitutionnel* nunca ha reconocido abiertamente la primacía del Derecho de la Unión sobre la Constitución nacional, aunque es innegable que existe una alta concordancia práctica que viene prácticamente a refutar tal afirmación general. El propio Consejo Constitucional se ha autoimpuesto unas estrictas condiciones sustantivas, en virtud de las cuales se exige apreciar una vulneración de los principios inherentes a la identidad francesa, que ponen de manifiesto una renuncia tácita a ejercitar su jurisdicción, salvo en circunstancias excepcionalmente realizables. Esa abdicación es la que dificulta enormemente que la alta jurisdicción constitucional pueda declarar contrario a la Constitución un acto de transposición de una directiva e, indirectamente, esto supone admitir *de facto* la preeminencia del Derecho de la Unión sobre el Derecho constitucional. Hasta el momento no contamos con ningún caso emanado de la jurisprudencia constitucional en el que se proclame una contradicción entre una norma europea y una disposición reveladora de la identidad constitucional francesa fruto de una jurisprudencia muy restrictiva que ha creado significativos obstáculos para que pueda llegar a producirse una declaración en tales términos. De hecho, las relaciones entre el Consejo Constitucional y el Tribunal de Justicia, lejos de experimentar un distanciamiento

[774] SCC de 26 de marzo de 2003, 2003-469 DC, apartados 2 y 3: «Considerado que el artículo 61 de la Constitución otorga al Consejo Constitucional la facultad de enjuiciar la conformidad de las leyes orgánicas con la Constitución y, cuando presenten las condiciones fijadas en este artículo, las leyes ordinarias; *que el Consejo Constitucional no recibe ni del artículo 61, ni del artículo 89, ni de ninguna otra disposición de la Constitución el poder de fallar sobre una revisión constitucional*». La cursiva es nuestra. Traducción propia.

progresivo con el paso del tiempo, se han ido reforzando, siendo paradigmático en este sentido el reciente planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo mediante el conocido como asunto Jeremy F[775].

De este modo, el Alto Tribunal francés se alinea con las iniciativas de otros Tribunales Constitucionales nacionales del continente que le han precedido en el establecimiento de un diálogo judicial por medio del cauce por antonomasia para entablarlo. Por tanto, un escenario de dramático conflicto institucional que sería el augurable como consecuencia de la aplicación de la jurisprudencia constitucional enunciada a lo largo de estas líneas se distancia notablemente de una realidad práctica que se caracteriza por unas relaciones pacíficas y tendentes a un cada vez mayor entendimiento. A la luz de todas estas consideraciones, es posible sostener que, si bien la jurisprudencia emanada de la máxima autoridad jurisdiccional en materia constitucional mantiene una redacción apegada a la idea de soberanía nacional, todo ello no obsta a que el ordenamiento jurídico francés haya terminado por recibir la primacía europea en prácticamente toda su amplitud.

IV. Principio de primacía: recepción en los ordenamientos nacionales. Especial referencia al caso español

1. Introducción

Nuestro país, al igual que sucede con Alemania o Italia, pertenece a un nutrido grupo de Estados miembros que ha asumido una concepción dualista de las relaciones interordinamentales. La teoría dualista, referida al modo de imbricación entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión, ha sido el modelo al que se ha adscrito España desde los primeros compases de su participación en las Comunidades Europeas. El Tribunal Constitucional español se ha mantenido fiel a esta doctrina desde la primera sentencia en la que aborda las interrelaciones entre ambos ordenamientos (STC 28/1991), si bien no puede dejar de matizarse que su visión respecto de la exacta configuración actual de ese orden constitucional compuesto se ha ido conformando a resultas de la intervención de dicho Tribunal en las sucesivas etapas de la construcción europea[776].

---

[775] STJUE de 30 de mayo de 2013, Jeremy F. y Premier ministre, C-168/13. *Vid*. MILLET, FRANÇOIS-XAVIER, «How Much Lenience for How Much Cooperation? On the First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice», *Common Market Law Review*, núm. 51, vol. 1, 2014.

[776] STC de 14 de febrero de 1991, 28/1991, FJ 4: «[El] *Derecho de las Comunidades Europeas*, originario y derivado -por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- *constituye un ordenamiento jurídico propio*, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales». La cursiva es nuestra.

Posteriormente, este posicionamiento teórico fue refrendado -incluso, añadiríamos que expresado en términos más claros- en la DTC de 1 de julio de 1992, 1/1992, FJ 3: «dos preceptos que pertenecen a dos ordenamientos -el estatal y el comunitario- distintos e interdependientes, aunque íntimamente relacionados entre sí». Nótese que los términos empleados por el Tribunal Constitucional español son casi idénticos a

Dos son las consideraciones fundamentales que corresponde analizar respecto del caso español, a saber: por un lado, el fundamento jurídico de la adhesión y pertenencia de España a la Unión Europea y, por otro, y muy especialmente, los límites constitucionales a la integración europea. En este sentido, límites constitucionales a la integración y principio de primacía constituyen, si se nos permite la expresión, dos caras de la misma moneda en el sentido de que en cuanto más amplios sean los primeros, más estrecho será el segundo, y viceversa. Con el paso de los años, la jurisprudencia constitucional española ha ido fijando una doctrina sobre tales límites constitucionales donde terminará por emerger, aunque sin mencionarla expresamente, una construcción sobre la identidad nacional española[777].

Cobran particular relevancia en el estudio de esta cuestión las dos Declaraciones del Tribunal Constitucional dictadas para enjuiciar la compatibilidad de nuestro texto constitucional con el Tratado de Maastricht (1992) y con el Tratado Constitucional (2004), respectivamente. Con todo, será oportuno tomar igualmente en consideración otras decisiones judiciales que ha revestido singular trascendencia, así como pronunciamientos de otros órganos estatales no jurisdiccionales como es el caso del Consejo de Estado. En estas breves palabras introductorias no está de más poner de relieve que tales Declaraciones, que son un mecanismo de control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales (artículo 95 CE)[778], únicamente han sido ejercitadas en dos ocasiones en toda nuestra historia constitucional con motivo de distintas reformas de los Tratados constitutivos en el marco del proceso de integración europea.

2. Fundamento jurídico de la integración europea y jurisprudencia inicial sobre la relación entre el Derecho Constitucional español y el Derecho comunitario

---

los utilizados por la *Corte costituzionale* italiana desde la capital sentencia Frontini. *Vid.* STCI de 18 de diciembre de 1973, Frontini, 183/1973, apartado 7.

[777] Sobre el estudio de la identidad nacional desde el punto de vista concreto de la experiencia jurídica española, *vid.* BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, «Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola», en BERNARDI, Alessandro (dir.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene editore, 2017; MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, José, «Constitutional Identity in Spain. Commitment to European Integration without Giving Up the Essence of the Constitution», *op.cit.*; PÉREZ TREMPS, Pablo, «National identity in Spanish Constitutional Case-Law», *op.cit.*; SAIZ ARNAIZ, Alejandro, «Identité nationale et droit de l'Union Européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole», *op.cit.*

[778] Artículo 95 CE: «1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción».
Vid. MONTESINOS PADILLA, CARMEN, «Artículo 95», en PÉREZ TREMPS, PABLO y SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO (dirs.), *Comentario a la Constitución española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; PULIDO QUECEDO, MANUEL, «Artículo 95», *Comentarios a la Constitución española*, CASAS BAAMONDE, MARIA E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, MIGUEL (dirs.), Wolters Kluwers, Madrid, 2009.

El artículo 93 CE[779] constituye, siguiendo la posición unánime de la doctrina nacional y de la jurisprudencial constitucional, el fundamento jurídico de la pertenencia del Reino de España al proyecto común europeo[780]. En palabras de nuestro propio Tribunal Constitucional, puede entenderse que esta disposición actúa como una «bisagra» para la coexistencia ordenada entre los sistemas jurídicos nacional y europeo[781]. En estas circunstancias, puede constatarse cómo la jurisdicción constitucional española se ha unido a la posición de sus homólogos europeos que niegan al Derecho de la Unión el carácter de autoridad originaria, tal y como propugnaban las sentencias Van Gend & Loos y Costa c. ENEL. Por el contrario, las Cortes Constitucionales nacionales coinciden en sostener que el fundamento de la autoridad del Derecho de la Unión en los ordenamientos nacionales deriva de los correspondientes textos constitucionales.

En la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la relación entre la Constitución y el Derecho comunitario, la STC 28/1991 determinó el sentido y alcance del artículo 93 CE. En este sentido, son tres las ideas claves que merecen subrayarse. En primer lugar, se afirmó sin reservas, como se ha adelantado en el párrafo anterior, que esa disposición es el fundamento jurídico de la integración europea. En segundo lugar, se caracterizó ese precepto como una norma de carácter «orgánico-procedimental». Expresado en otros términos, se entendió que el artículo 93 CE se limitaba únicamente a regular el modo de celebración de aquellos Tratados por los que se cede el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a una organización o institución internacional. Se concibe como un precepto exclusivamente formal por el que se habilita al Estado español a integrarse en una organización supranacional que puede ostentar competencias que inicialmente fueron atribuidas de manera exclusiva a la Constitución y, muy singularmente, pueden incluso transferirse competencias normativas. En tercer lugar, una contradicción entre la normativa nacional -estatal o autonómica- aprobada con posterioridad a la adhesión a las Comunidades Europeas y la normativa comunitaria no puede comportar una vulneración del artículo 93 CE y, por consiguiente, el Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para pronunciarse sobre la misma. Esta hipótesis de conflicto fue considerada como una cuestión

[779] Artículo 93 CE: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.
Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».

[780] STC de 14 de febrero de 1991, 28/1991, FJ 4: «Este precepto [artículo 93 de la Constitución española] constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación [al Derecho de la Unión], dado que la aceptación de la misma -instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato- expresa la soberanía estatal». Desde el punto de vista doctrina, *vid*., por todos, PÉREZ TREMPS, PABLO, «La integración en la Unión Europea», en CASAS BAAMONDE, MARÍA E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, MIGUEL (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Wolters Kluwers, Madrid, 2009. Posteriormente, este planteamiento fue confirmado por la DTC 1/1992. *Vid.* DTC de 1 de julio de 1992, DTC 1/1992, FJ 4.
[781] DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 2.

«infraconstitucional», correspondiendo ese control a la jurisdicción ordinaria y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En términos más precisos, la STC 64/1991 añadió que:

> «No corresponde a este Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento (artículo 170 TCEE [actualmente, artículos 258 y 259 TFUE]). La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión de carácter infraconstitucional y, por lo mismo, excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales»[782].

La doctrina ha advertido en esta línea jurisprudencial uno de las rasgos característicos de la posición del Tribunal Constitucional frente al Derecho supranacional, como es su tradicional posición de «inhibición» o de «no incumbencia» en asuntos europeos[783]. Ahora bien, esta primera posición se ha ido flexibilizando con el paso del tiempo y se ha terminado por reconocer que la cuestión de la aplicación judicial del Derecho de la Unión puede tener, si no un rango constitucional, al menos una cierta relevancia o contenido constitucional[784].

Los principales postulados de la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional español sobre la configuración de la relación entre el Derecho Constitucional español y el Derecho comunitario fueron objeto de confirmación y concreción en los años venideros. En este recorrido jurisprudencial, una vez descritos sucintamente los primeros pronunciamientos de la jurisdicción constitucional por la que se sientan las bases del encaje entre ambos ordenamientos, el siguiente hito viene representado por la DTC 1/1992.

3. Primera Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/1992, de 1 de julio de 1992) y dictámenes del Consejo de Estado

3.1. DTC 1/1992, de 1 de julio

[782] STC de 24 de abril de 1991, STC 64/1991, FJ 4.

[783] UGARTEMENDIA ECEIZBARRENA, JUAN I. y RIPOL CARULLA, SANTIAGO, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales. Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñate, 2017, pp. 35 y 39.

[784] STC de 2 de junio de 2012, 145/2012, FJ 2. Para un análisis de esta sentencia, *vid*., ARROYO JIMÉNEZ, LUIS, «Hacia una normalización constitucional del Derecho de la Unión Europea. A propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013; SARMIENTO, DANIEL, «Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU Law. Tribunal Constitucional (Spanish Constitutional court), Judgment 145/2012 of 2 July 2012, Iberdrola v. Comisión Nacional de la Energía», *Common Market Law Review*, núm. 50, vol. 3, 2013; UGARTEMENDIA ECEIZBARRENA, JUAN I. y RIPOL CARULLA, SANTIAGO, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales. Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones, op.cit.*, p. 171.

Con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de ejercitar por primera vez su competencia para controlar la compatibilidad de un tratado internacional con la Constitución española de 1978. Este órgano jurisdiccional estimó que existía una contradicción entre el artículo 8.B, apartado 1, Tratado CEE y el artículo 13.2 CE en relación al derecho de sufragio pasivo de ciudadanos europeos no nacionales en las elecciones municipales. Más concretamente, declaró que existía una antinomia irreductible por vía interpretativa, que solo podría ser superada abriendo un proceso de reforma constitucional. Esta apreciación trajo como consecuencia la primera reforma de nuestro texto constitucional para incluir el inciso «y pasivos» en la redacción de la disposición constitucional controvertida. Recordamos que en estos momentos nos interesa particularmente este pronunciamiento en lo referido al estudio sobre los límites de la integración europea en el orden constitucional interno, conteniéndose en esta resolución tres consideraciones de enorme trascendencia en torno a este debate.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional reconoció de manera inequívoca la atribución a la propia Constitución española de la conocida como *Kompetenz-Kompetenz*, que no es otra cosa que el término empleado por la doctrina alemana para referirse a la autoridad última a quien corresponde decidir el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión. En este sentido, efectuó una interpretación literal del artículo 93 CE que le condujo a declarar que por medio de una ley orgánica solo podrá autorizarse la transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, y, en ningún caso, la titularidad de las mismas[785]. Esta interpretación constituye una clara defensa de la garantía institucional del Estado en la medida en que impide, aunque sea desde una hipótesis futura difícilmente imaginable, un vaciamiento progresivo e incluso completo de los poderes del Estado constitucional[786]. En palabras de Pérez Tremps, «una disolución del Estado en una entidad más amplia exigiría un auténtico acto constituyente negativo, ejercido por el poder de reforma constitucional del Título X de la Constitución, y no el ejercicio del poder de integración del artículo 93»[787].

En segundo lugar, el siguiente de los límites no expresos a la integración europea es que el propio texto constitucional actúa como un límite a los Tratados de reforma. En este sentido, el Tribunal Constitucional declaró que:

> «En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de "competencias derivadas de la Constitución", no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una "competencia" cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X, esto

[785] DTC de 1 de julio de 1992, 1/1992, FJ 4.
[786] PÉREZ TREMPS, PABLO, «National identity in Spanish Constitutional Case-Law», *op.cit.*, p. 268.
[787] PÉREZ TREMPS, PABLO, «La integración en la Unión Europea», *op.cit.*, p. 1564. En términos semejantes se pronuncia Andrés Sáenz de Santamaría cuando afirma que «en definitiva, el respeto a la identidad nacional es, en nuestra opinión, el respeto de la estatalidad». ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, PAZ, «Hacia una Constitución europea. Comentarios sobre los trabajos de la Convención», *Revista General de Derecho Europeo*, núm.1, 2003, p. 7.

es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto. Esta es la conclusión que impone el dictado del art. 95.1, sin que sea ocioso recordar que la operación consistente en excepcionar enunciados constitucionales a través de un tratado, quebrando así la generalidad de las disposiciones de la Constitución, llegó a ser planteada, y no fue acogida en el proceso constituyente (art. 55.3 del Anteproyecto de Constitución y, con otro alcance, enmienda núm. 343 de las presentadas en el Senado al Proyecto de Constitución)»[788].

Expresado en otros términos, la aprobación de un nuevo texto por el que se reformen los Tratados constitutivos no puede encontrar en la denominada cláusula de apertura constitucional la base jurídica para justificar una reforma indirecta de la Constitución española. De este modo, se rechaza que el artículo 93 CE sea una suerte de tercera vía de reforma constitucional, aparte de las expresamente previstas en los artículos 167 y 168 CE. Para ello, encuentra apoyo en los debates constituyentes en los que tales consideraciones ya fueron examinadas y, sin embargo, se decidió que no tuvieran acogida en la versión definitiva de nuestra Carta magna. Asimismo, y no menos importante, el Tribunal Constitucional también descartó abiertamente que el poder de reforma de la Constitución pudiera ser objeto de cesión a instancias supranacionales europeas.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional declaró que la ratificación de un Tratado por el que se transfieran competencias a una organización supranacional puede comportar una modulación del ámbito de aplicación de la Constitución sin necesidad de que se alteren los enunciados de sus disposiciones[789]. No obstante, no admite en ningún caso una colisión textual y directa del Derecho Comunitario con la Constitución, que se impone así como límite frente a posibles mutaciones constitucionales[790].

3.2. Dictámenes del Consejo de Estado a propósito de la integración europea

El Consejo de Estado, órgano consultivo del Gobierno español con relevantes competencias en materia de tratados internacionales[791], ha gozado de un importante protagonismo en el debate relativo a la acomodación constitucional de los sucesivos Tratados europeos de reforma en España. Cabe señalar, de entrada, que anticipa una serie de reflexiones que posteriormente serán desarrolladas por el Tribunal Constitucional

---

[788] DTC de 1 de julio de 1992, 1/1992, FJ 4.

[789] *Ibidem*: «Cabe autorizar mediante Ley Orgánica la ratificación de Tratados que, según quedó dicho, transfieran o atribuyan a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias *ex Constitutione*, modulándose así, por lo tanto, el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado».

[790] *Ibidem*: «Este es, sin duda, un efecto previsto por la Constitución y, en cuanto tal, legítimo, pero ninguna relación guarda con el que depararía la colisión textual y directa entre la propia Norma fundamental y una o varias de las estipulaciones de un tratado. Tal hipótesis -la del Tratado *contra Constitutionem*- ha sido, en definitiva, excluida por el artículo 95». Sobre el fenómeno jurídico de la mutación constitucional, *vid.* MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

[791] *Vid*. artículos 21 y 22 de la LO 3/1980 de 3 de abril de 1980. *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, GERARDO, *Función consultiva y procedimiento: (régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

español y, muy señaladamente, debe reconocerse que fue este órgano estatal quien introdujo la idea de identidad nacional en la discusión constitucional nacional[792]. Su primera intervención relevante fue a través del Dictamen 850/1991 para examinar las posibles dificultades constitucionales que podía comportar la ratificación del Tratado de Maastricht cuando esta reforma convencional aún se encontraba en fase de negociación. En relación a un precepto fundamental en el marco de estas controversias (artículo 93 CE), afirmó que:

> «por la vía del artículo 93 no pueden alterarse los valores superiores del ordenamiento, ni la forma y la estructura del Estado, ni sus bases institucionales, ni los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo, Sección primera del Título I de la Constitución»[793].

Establece el Consejo de Estado una conexión entre tales dominios materiales y el procedimiento de reforma constitucional, señalándose que aquellos están sometidos a la revisión agravada a que se refiere el artículo 168 CE. En cambio, al margen de estas áreas materiales, el presente dictamen defendía que el Derecho comunitario podría comportar una modificación de la Constitución por el cauce del artículo 93 CE. En este sentido, transcribiendo sus propias palabras, el Consejo de Estado sostuvo que «una ley orgánica aprobada en virtud del artículo 93 (…) puede sustraerse de la rigidez de la reforma parcial del artículo 167, pero no puede tener por objeto uno de los dominios protegidos por el artículo 168»[794].

Pocos meses más tarde, ahora sí con motivo de la ratificación por parte de España del Tratado de Maastricht, se redactó un nuevo dictamen en el que se contiene una referencia, si bien de manera indirecta, a la identidad nacional (Dictamen 421/1992)[795]. Tras remitirse al anterior dictamen para recordar las materias identificadas con el núcleo duro de la Constitución, hizo coincidir los mencionados contenidos constitucionales inatacables en el contexto de la integración europea con la identidad de este Estado miembro. Sobre este particular, el Consejo de Estado se expresó en los siguientes términos:

> «El propio Tratado de la Unión Europea se inspira en el principio de que hay determinados reductos constitucionales de los Estados miembros en los que el Derecho comunitario no debe entrar. Este es precisamente el sentido que cabe otorgar al artículo F del Tratado cuando declara en su apartado 1 que "la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros…"»[796].

Para terminar con la enriquecedora visión del Consejo de Estado, conviene prestar atención, en último lugar, al dictamen emitido para evaluar la recepción del Tratado por

---

[792] *Vid.* SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO, «Identité nationale et droit de l'Union Européene dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole», *op.cit.*, pp. 113-114.
[793] Dictamen del Consejo de Estado de 20 de junio de 1991, 850/1991, apartado VI.
[794] *Ibidem*.
[795] Dictamen del Consejo de Estado, 9 de abril de 1992, 421/1992.
[796] *Ibid.*, apartado III.

el que se establece una Constitución para Europa en el ordenamiento jurídico español. En una interpretación del artículo 93 CE, este Dictamen 2544/2004 sostuvo que dicha previsión constitucional no permite «una atribución en bloque o global de la totalidad de las competencias que supusiera un vaciamiento de las estatales o la quiebra de la pervivencia de la organización política del Estado o, incluso, una atribución indeterminada de competencias»[797]. E, inmediatamente a continuación, apoya esa afirmación en la cláusula de identidad nacional proclamada en el Tratado Constitucional (artículo I-5.1)[798]. En términos semejantes, aunque no exactamente coincidentes, se había pronunciado con anterioridad el Tribunal Constitucional en relación a la indisponibilidad del poder de reforma constitucional y a la transferencia únicamente del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. En esta ocasión, ofrece una mayor precisión sobre esta garantía de estatalidad a la que considera amparada de manera novedosa con la cláusula de identidad nacional.

4. Segunda Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004) y jurisprudencia más reciente

La DTC 1/2004 es una de las resoluciones judiciales básicas del Tribunal Constitucional para conocer cómo se articula la relación entre el ordenamiento español y el comunitario. Esta sentencia comportó un auténtico «giro jurisprudencial» respecto de la línea seguida con anterioridad por ese mismo órgano judicial y, de manera incuestionable, en relación a la configuración del artículo 93 CE[799]. El máximo intérprete de nuestra Carta Magna reconsideró su postura respecto de la anterior noción orgánico-procedimental de esa disposición, señalando que la misma presentaba también «una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar». De este modo, se daba satisfacción a las críticas formuladas por una corriente muy autorizada de la doctrina nacional respecto de la anterior construcción jurisprudencial[800].

El planteamiento sostenido por el Tribunal español en esta declaración en cuanto a la primacía europea y su alcance en el Derecho español es particularmente original. Esto se debe a que elabora una diferenciación entre la noción de primacía y de supremacía inaudita en la jurisprudencia constitucional previa y, además, porque se trata de una discriminación de conceptos que no tiene parangón en las restantes jurisdicciones constitucionales del continente. Curiosamente, y en contraste con la nueva aproximación del Tribunal Constitucional español que a continuación transcribiremos, el mismo

---

[797] Dictamen del Consejo de Estado, 21 de octubre de 2004, 2544/2004, apartado II.
[798] *Ibidem*.
[799] *Vid*. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ, «La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional: un giro jurisprudencial en la concepción del art. 93 CE», *op.cit.*
[800] DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 2. Respecto de los reproches doctrinales a la concepción del artículo 93 CE como una norma orgánico-procedimental, *vid*., entre otros, ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 281; LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO, *Constitución e integración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996, p. 104; PÉREZ TREMPS, PABLO, *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 36-37.

reconoció reiteradamente en la Declaración 1/1992 la primacía de la Constitución nacional, aunque lo cierto es que de una lectura de la misma parece que primacía y supremacía son atributos utilizados de modo intercambiable e indistinto. En palabras de este Tribunal, se defiende a partir del año 2004 que:

> «Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones»[801].

A partir de estas palabras, se atribuye primacía al Derecho de la Unión mientras que la Constitución nacional ostenta supremacía. Esta distinción va a permitir distinguir dos ámbitos de actuación (aplicación y validez) referidos respectivamente al Derecho europeo y a la Constitución española, que permiten hablar de primacía del primero, pero reconociendo a esta última un carácter jerárquico superior y, en consecuencia, se erige en parámetro de validez sobre las restantes normas[802]. Como es bien sabido, no se ha tratado de una tesis que haya tenido una buena acogida en la doctrina científica y la misma ha merecido reproches de muy distinto signo[803]. En cualquier caso, la primacía que el Tribunal Constitucional español está dispuesta a reconocer al Derecho comunitario no es absoluta. Por el contrario, enuncia una serie de limitaciones implícitas que no aparecen expresamente enumeradas en el propio artículo 93 CE, en claro contraste con otros textos constitucionales que si contemplan límites en la propia redacción de las correspondientes cláusulas de integración[804]. Baste añadir a este respecto que existe un importante consenso en la doctrina española sobre la oportunidad de que una futura reforma de la Constitución incida, entre otros aspectos, sobre esta disposición para mencionar de manera expresa la

---

[801] DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 4.

[802] Respecto a esta distinción, es posible encontrar elaboraciones doctrinales previas a la declaración del Tribunal que diferencian ambas categorías conceptuales, *vid.* REQUEJO PAGÉS, JUAN L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 51-59.

[803] *Vid.*, entre otros, ALONSO GARCÍA, RICARDO, «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005; AREILZA CARVAJAL, JOSÉ M., «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005; RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL C., «No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, 2005; FERRERES COMELLA, VÍCTOR, «La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», en LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO, SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO Y FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Constitución española y Constitución europea: análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 89-99.

[804] *Vid.* CLAES, MONICA, «Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las "cláusulas europeas" en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», *op.cit.*

adhesión de España a la Unión en una «cláusula general europea»[805]. Y, más concretamente, se han alzado voces que han reclamado que dicha modificación enuncie los límites materiales a la integración europea a que se ha referido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional a partir de la DTC 1/2004[806].

En efecto, gracias a la misma tienen, por fin, entrada en nuestro acervo constitucional tales límites materiales, que han sido reconocidos por vía jurisprudencial en ausencia de una previsión expresa en nuestra Constitución. En este sentido, Cruz Villalón ha estimado que el Tribunal Constitucional, al extraer tales límites sin una referencia textual explícita en nuestra Constitución, «ha hecho correctamente el diagnóstico, pero no la interpretación» al apreciar algo que «el común de los mortales no ha sido capaz de ver»[807]. Estos límites van a coincidir sustancialmente con los previamente anunciados por el Consejo de Estado en sus informes y, en consecuencia, no sería descabellado pensar que los mismos hayan podido ejercer una influencia nada desdeñable. Por razón de su relevancia, corresponde transcribir el pasaje de nuestro Tribunal Constitucional sobre este punto:

> «Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)»[808].

Por medio de estas palabras, el Tribunal se inserta en el movimiento jurisprudencial iniciado por otras Cortes Constitucionales europeas que han reaccionado para defender una visión del principio de primacía no totalmente coincidente con la propugnada desde el Tribunal de Luxemburgo mediante la elaboración de la conocida teoría de los contralímites[809]. De este modo, se señalan tres grandes categorías normativas en forma de «límites materiales» a la integración europea que podemos identificar con la identidad nacional del Estado constitucional español: la soberanía del Estado, las estructuras constitucionales básicas, y los principios y valores constitucionales fundamentales y, dentro de esta última, se ejemplifica el caso de los derechos

---

[805] *Vid*, por todos, CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «La Cláusula General Europea», *op.cit*.

[806] ALONSO GARCÍA, RICARDO, «Artículo 93», en PÉREZ TREMPS, PABLO Y SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO (dirs.), *Comentario a la Constitución española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1367-1369; CARMONA CONTRERAS, ANA, «Sobre el futuro de la Constitución: proyección y encaje europeo», *Revista de las Cortes Generale*s, núm. 107, 2019, p. 79.

[807] CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «Europeización de la Constitución española: una introducción al problema», *op.cit.*, pp. 36-37.

[808] DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 2.

[809] GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR, «La Constitución española frente al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma Constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, 2005, p. 309; ALONSO GARCÍA, RICARDO, «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *op.cit.*, pp. 363-364.

fundamentales[810]. Este extracto de la sentencia encierra, tomando prestadas las palabras de Azpitarte Sánchez, un «mínimo constitucional» como límite a la aplicación del Derecho comunitario que se caracteriza por su «amplitud» y su «elasticidad»[811]. Con ello quiere expresarse que se han evocado una serie de conceptos en términos tan amplios e indeterminados que otorgan al Tribunal Constitucional un considerable margen de discrecionalidad para fijar qué entra dentro o fuera de ese mínimo. En este mismo sentido, la Declaración no se detiene únicamente en citar aquellos elementos que concibe como un núcleo irrenunciable e inviolable frente a una dinámica futura que pueda comportar un ensanchamiento del ámbito de poder de la Unión, sino que también previene sobre las consecuencias de una transgresión de los mismos. Así pues, la propia Declaración 1/2004 declara que:

> «En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»[812].

Sin lugar a dudas, estos dos fragmentos apenas transcritos constituyen los puntos centrales de la resolución objeto de estudio a los efectos del examen del principio de primacía y de la determinación de la identidad nacional en el ordenamiento jurídico español en el estado actual de la materia. La respuesta articulada en la Declaración 1/2004 puede valorarse como una solución de compromiso en tanto que la enumeración de los principios jurídico-constitucionales irrenunciables y las consecuencias de una posible vulneración de los mismos aparece suavizada por el reconocimiento de que es un escenario «difícilmente concebible». En efecto, la idea esencial es que la concordancia entre la Constitución española y la Constitución europea es posible en la medida en que ambos ordenamientos comparten una serie de principios y valores comunes que hacen posible una coexistencia ordenada. Se expresa un sentimiento de confianza en que el ordenamiento jurídico de la Unión cuenta con garantías eficaces y suficientes para impedir un conflicto interordinamental de las características descritas por medio de sus propios «cauces ordinarios». Sin embargo, en última instancia, no renuncia a la

[810] Coincidiendo con la asociación de que los límites materiales esbozados por el Tribunal Constitucional español en la DTC 1/2004 con la identidad nacional española, *vid*. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ, «Constitutional Identity in Spain. Commitment to European Integration without Giving Up the Essence of the Constitution», *op.cit.*, pp. 278-280 y 282.
[811] AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Nacional: su relación con el Tribunal de Justicia», en CARMONA CONTRERAS, ANA M., *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 194-197.
[812] DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 4.

posibilidad de acudir a otros remedios extraordinarios en el marco de su sistema constitucional.

Entre tales garantías, cita expresamente el respeto a la identidad nacional reconocido en el artículo I.5.1 Tratado Constitucional, siendo este uno de los argumentos de peso para concluir tanto la constitucionalidad del texto normativo objeto de examen como de la primacía europea formulado en la nueva reforma convencional[813]. Considera así nuestro Tribunal Constitucional que por medio de la misma se incorpora en el Derecho primario las reivindicaciones formuladas a lo largo de las décadas por parte de las diferentes jurisdicciones constitucionales europeas. A este respecto, la doctrina ha advertido la coincidencia entre los límites fijados por el Tribunal Constitucional español y los elementos de la cláusula de identidad nacional que la Constitución europea se compromete a respetar[814].

Respecto de las posibles vías extraordinarias mencionadas genéricamente, únicamente se nombra de manera expresa la posibilidad de iniciar el procedimiento de abandono de la Unión (actual artículo 50 TUE), que no puede ser entendido en este contexto más que como la solución última ante una situación de conflicto irrespetuosa con la idiosincrasia constitucional de un Estado miembro que se revela irresoluble[815]. Dicho de otro modo, se trata de un fragmento revestido de una notoria opacidad respecto de otros posibles mecanismos constitucionales menos dramáticos en manos del Estado para superar las posibles disonancias que hayan generado el conflicto y que no presenten el carácter de irreversibles. Eso sí, atendida la circunstancia de que, como es sabido, los Tratados no contemplan ninguna cláusula por la que se prohíba el reingreso de un Estado miembro que previamente haya decidido activar y llevar a efecto el procedimiento de salida y, por tanto, no es una medida estrictamente irreversible, aunque decididamente drástica. En otras palabras, se enuncian los presupuestos que pueden motivar la iniciación de procedimientos constitucionales excepcionales, pero no se detallan -con la salvedad del recurso más extremo- los cauces habilitados en el ordenamiento constitucional que puedan reconducir satisfactoriamente la situación. Únicamente puede conocerse de la propia letra de la resolución que, en caso de una inconstitucionalidad sobrevenida de la integración, corresponde al propio Tribunal Constitucional el papel de garante de la salvaguarda de la supremacía de la Constitución nacional.

En palabras de Alonso García, previo reconocimiento de la oscuridad del discurso del Tribunal español en este punto, sería incorrecto interpretar que la Declaración 1/2004

---

[813] *Ibid.*, FJ 3.

[814] CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, *op.cit.*, pp. 72-74; GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR, «La Constitución Española frente al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», *op.cit.*, p. 309.

[815] DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 4*:* «La salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros».

permite una «auto-ruptura» constitucional por medio del artículo 93 CE, esto es, evadiendo los procedimientos previstos en el Título X con la única barrera de los tres límites materiales a la integración referidos[816]. Más bien, considera que es preciso una flexibilización de la lectura de la Constitución española que permitiera al propio tiempo una interpretación conforme y pro-europea que impidiera colisiones que, de otro modo, surgirían con mayor facilidad y siempre con posterioridad a una previa intervención del Tribunal de Justicia[817]. En otras palabras, existe un doble imperativo, nacional (artículo 93 CE) y supranacional (principio de cooperación leal -artículo 4.3 TUE-), que impone, respectivamente y en un modo simultáneo, una interpretación conforme que permita alinear las exigencias constitucionales nacionales con los requisitos convencionales y viceversa[818]. En defecto de poder reconducir una «difícilmente concebible» colisión por vía interpretativa, queda siempre a salvo una reforma constitucional que se acomode a los dictados europeos.

En todo caso, esta alternativa no deja de resultar paradójica, puesto que a efectos de garantizar la supremacía del texto constitucional se promueve una reforma que elimine la previsión constitucional discordante, lo que viene a poner en duda una genuina supremacía que, en lugar de imponerse, se pliega a otra norma considerada como infraordenada. Dicho de otro modo, no sería una auténtica primacía sino un trasunto de la misma aquella que únicamente existe en el discurso teórico, pero que enfrentada a su aplicación en el caso concreto resulta inaplicada y, por tanto, se revela vacía. Ciertamente, conocemos numerosos ejemplos de reformas constitucionales que han sido operadas en diversos Estados miembros tras constatarse incompatibilidades entre una Constitución nacional y un nuevo Tratado de reforma con el objeto de superar las contradicciones percibidas, siendo probablemente Francia el caso más evidente. No obstante, es oportuno añadir que hemos asistido igualmente a casos en los que las modificaciones se han operado sobre los Tratados, y no sobre las Constituciones nacionales[819]. Y ya en última instancia, siempre queda a salvo -según el propio Tribunal Constitucional- la soberanía del pueblo español y la supremacía de la Constitución abandonando el proyecto común.

A modo de conclusión, debe constatarse una vez más el elevado grado de concordancia entre la jurisdicción constitucional española y la de los restantes Estados miembros por cuanto se refiere a la aceptación del principio de primacía en el orden interno, el fundamento de dicho principio y el alcance del mismo. Para empezar, existe una aceptación general de la primacía europea sobre el Derecho nacional, si bien el

---

[816] ALONSO GARCÍA, RICARDO, «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *op.cit.*, p. 355.
[817] *Ibid.*, p. 356.
[818] *Ibid.*, p. 357.
[819] En este sentido, es paradigmático el caso del Protocolo sobre el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa aprobado con posterioridad a que la Constitución europea fuera negociada y aprobada. En su artículo único se acuerda que ninguna disposición del Tratado Constitucional o un acto posterior que lo modifique o complete podrá afectar a aquel precepto constitucional, que se refiere a la especial protección del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico irlandés. Con dicha incorporación querían salvarse las inquietudes sobre hipotéticos conflictos entre la libre prestación de servicios médicos y la protección particularmente reforzada del concebido pero no nacido en el Derecho irlandés.

reconocimiento de esta autoridad al Derecho de la Unión no deriva de una pretendida fuente autónoma en el sentido propuesto por una secular linea jurisprudencial europea, sino que encuentra su base jurídica en el Derecho interno y, más concretamente, en la cláusula de apertura (artículo 93 CE). En base a una singular distinción entre las categorías jurídicas de primacía y supremacía, siendo esta una de las principales notas diferenciadoras y originales del caso español, se admite la primacía del Derecho de la Unión. Ahora bien, se trata de una primacía que se proyecta exclusivamente sobre el ámbito de aplicación de normas y, en un sentido negativo, no puede, en ningún caso, concebirse como un criterio que permita determinar la validez de normas nacionales contradictorias y que, por tanto, en caso de ser apreciada dicha incompatibilidad, provoque el efecto de expulsarlas del ordenamiento jurídico. Además, a nuestro juicio, no es una primacía que deba entenderse como absoluta, sino que es necesario distinguir una serie de limitaciones derivadas implícitamente de la Constitución española, que constituyen un núcleo duro irreductible sobre las que no se extiende dicho principio y que, según la doctrina, pueden ser identificadas con la identidad nacional española. En caso de apreciarse una incompatibilidad entre el Derecho de la Unión y tales previsiones constitucionales, esta confrontación podrá ser superada acudiendo ordenadamente a los siguientes mecanismos de resolución: interpretación conforme, reforma constitucional o de los Tratados y salida de la Unión.

Con todo, esta dualidad de visiones respecto del principio de primacía comporta una fractura relativamente menor en el plano teórico que no se ha traslado por el momento en ninguna ocasión al terreno de la práctica judicial. Al igual que sucede en las experiencias constitucionales alemana, italiana y francesa, no existe ningún precedente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la que se haya producido esa colisión insalvable entre ordenamientos, repetidamente advertida y nunca acontecida, a la que se le haya dado salida mediante un pronunciamiento por el que se declare la prevalencia del Derecho nacional.

CAPÍTULO CUARTO
MODELO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOBRE LA IDENTIDAD NACIONAL

I. Pluralismo constitucional: un modelo teórico para conciliar dos aproximaciones judiciales contrapuestas

1. Introducción

Tras el recorrido que nos ha precedido, concerniente al estudio de la identidad nacional desde una perspectiva judicial -supranacional y nacional-, no es posible ocultar una situación de cierto contraste entre dos visiones no exactamente coincidentes y potencialmente inconciliables en relación a los fundamentos del sistema jurídico europeo. Estos dos relatos se han ido desarrollando a lo largo de las últimas décadas por medio de la intervención sucesiva del Tribunal de Justicia y de los Tribunales Constitucionales nacionales en dos narrativas paralelas. Aun reconociendo un estrechamiento del espacio de divergencia, fruto del progresivo acercamiento de la jurisprudencia inicialmente elaborada por ambos órganos jurisdiccionales, subsisten diferencias teóricas que no pueden ser ignoradas. Es por ello que no se pueden descartar futuros conflictos judiciales que nos aboquen a una colisión constitucional irresoluble, salvo que alguna de las autoridades jurisdiccionales se comprometa a renunciar o flexibilizar la rigidez de sus postulados para cada caso concreto. Se presenta, pues, un escenario judicial incapaz de ofrecer un marco teórico coherente de las relaciones interordinamentales cuyas repercusiones podrían alcanzar muy seriamente a la estabilidad del ordenamiento jurídico europeo.

En este estado de cosas, los teóricos de la integración han alumbrado un nuevo modelo para la estructuración del poder público en el espacio jurídico europeo que ha gozado de enorme predicamento en los últimos años: el pluralismo constitucional[820]. Existe una abundante y rica literatura académica sobre el modo de relación entre los Estados miembros y la Unión bajo el mismo paraguas de esa corriente de pensamiento, lo que hace que no pueda hablarse de un movimiento homogéneo[821]. En todo caso, y aun

[820] *Vid*., entre otros, KLEMEN, JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2014; KUMM, MATTIAS, «The Jurisprudence of Constitutional Conflict. Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, núm. 11, vol. 3, 2005; MACCORMICK, NEIL, «The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now», *European Law Journal*, núm. 1, vol. 3, 1995; WALKER, NEIL, «The Idea of Constitutional Pluralism», *The Modern Law Review*, núm. 65, 2012; PERNICE, INGOLF, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», *Common Market Law Review*, núm. 36, vol. 4, 1999; POIARES MADURO, MIGUEL, «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», *op.cit*.

[821] Para una visión comparada entre las diferentes aproximaciones teóricas al pluralismo constitucional, *vid*. AVBELJ, MATEJ y KOMÁREK, JAN (eds.), «Four Visions of Constitutional Pluralism», *EUI Working Papers*, LAW 2008/21, 2008.

siendo cierto que la misma ha gozado de una considerable difusión y adhesión entre la doctrina[822], debe señalarse que existen igualmente voces que se han manifestado en su contra y han apuntado sus debilidades[823]. En este punto, nuestro interés no es el de ofrecer una revisión crítica de esta construcción doctrinal, sino únicamente exponer sus perfiles más básicos en la medida en que constituye el sustrato teórico sobre el cual vamos a erigir nuestro modelo de resolución de conflictos sobre la identidad nacional.

En una primera aproximación, el pluralismo constitucional se ocupa del estudio de la interacción entre los ordenamientos nacionales y el europeo. Se opone a aquellos modelos jerárquicos defendidos tanto desde la esfera nacional como supranacional por los Tribunales Constitucionales nacionales y por el Tribunal de Justicia, que propugnan el carácter supremo de las Constituciones nacionales o la primacía de los Tratados constitutivos de la Unión, respectivamente, y se arrogan a sí mismos la autoridad última en caso de conflicto. En pocas palabras, es un debate que puede reconducirse sustancialmente a dar respuesta a la incógnita de cuál de las citadas normas tiene la condición de suprema -o, si se prefiere, *Grundnorm*[824] o *rule of recognition*[825]- y cuál de tales órganos jurisdiccionales ostenta la condición de máxima autoridad judicial[826]. Se trata de dos cuestiones íntimamente ligadas, pero que conviene examinar separadamente para apreciar toda su complejidad.

Nos proponemos presentar de manera muy sucinta en las próximas líneas los argumentos tradicionalmente argüidos en defensa de la preeminencia o bien de los textos constitucionales, o bien de los Tratados europeos. Inmediatamente a continuación, tras advertir las deficiencias de ambas construcciones, avanzaremos una posición alternativa representada por la teoría pluralista, que aboga por una concepción de acuerdo con la cual ambas normas jurídicas no se relacionan entre sí de manera jerárquica.

2. Dos modelos confrontados: ¿cuál es la norma suprema en el espacio jurídico europeo?

2.1. Perspectiva nacional

[822] En términos muy gráficos, Weiler habla del pluralismo constitucional como una de las más recientes «pandemias académicas» en alusión a la extraordinaria propagación que ha experimentado este corriente de pensamiento entre la doctrina y a la escasez de discursos que la rebatan. WEILER, JOSEPH H.H., «Prologue: global and pluralist constitutionalism - some doubts», en BÚRCA, GRÁINNE DE Y WEILER, JOSEPH H.H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 8.

[823] Entre sus detractores más señalados, *vid.* BAQUERO CRUZ, JULIO, «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *op.cit.*; BAQUERO CRUZ, JULIO, «Another Look at Constitutional Pluralism in the European Union», *European Law Journal*, núm. 22, vol. 3, 2016.

[824] *Vid.* KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.

[825] *Vid.* HART, HERBERT L.A., *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, Madrid, 1980.

[826] PERNICE, INGOLF, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited», *op.cit.*, pp. 706-707.

2.1.1. Argumento ontológico

Ateniéndonos a la visión del constitucionalismo liberal, las Constituciones nacionales son consideradas la norma suprema de un ordenamiento jurídico que regula de manera omnicomprensiva el ejercicio del poder público sobre un territorio determinado[827]. Es aquella norma en la que descansa la legitimidad última de todo el sistema, desempeña el papel de criterio de validez de todas las restantes -que se encuentran en una posición de subordinación- y establece los límites para el ejercicio del poder público. Considerado que cualquier ejercicio de poder público está regulado y limitado por el texto constitucional, todo acto o norma jurídica está sometida al control constitucional.

No cabe duda de que los Estados miembros han transferido el ejercicio de poderes soberanos a la Unión de conformidad con las usualmente denominadas cláusulas de apertura constitucional, de tal modo que la integración europea ha comportado, al menos a primera vista, una superación de una situación de monopolio del poder en manos estatales. Ahora bien, se trata de un mero traspaso del ejercicio, que no de la titularidad de las mismas. En este sentido, no solo los Estados siguen siendo plenos portadores de la soberanía, sino que en última instancia puede proceder a iniciar un procedimiento de «renacionalización o devolución de competencias» que previamente hubieran sido trasladadas a la esfera supranacional[828]. Este es un mecanismo insólito en la integración europea hasta la ratificación del Tratado de Lisboa donde fue contemplado por primera vez de manera expresa (artículo 48.2 TUE[829]). No puede descartarse tampoco la posibilidad de que los Estados decidan abandonar el proyecto común y que, si bien es una hipótesis extrema, lo cierto es que la misma está prevista en los Tratados (artículo 50 TUE)[830] y que, incluso habiendo sido considerado durante décadas como un escenario difícilmente realizable por las repercusiones políticas y económicas aparejadas a la misma, cuenta ya con el precedente del Reino Unido[831].

---

[827] GRIMM, DIETER, «Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision», *op.cit.*, pp. 284-288.

[828] MANGAS MARTÍN, ARACELI, «El escoramiento intergubernamental de la Unión», en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ M. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 230-231.

[829] Artículo 48.2 TUE: «El Gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión podrán presentar al Consejo proyectos de revisión de los Tratados. Estos proyectos podrán tener por finalidad, entre otras cosas, la de aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados. El Consejo remitirá dichos proyectos al Consejo Europeo y los notificará a los Parlamentos nacionales».

[830] Entre la ingente literatura al respecto, *vid*., entre otros, HILLION, CHRISTOPHE, «Accession and Withdrawal in the Law of the European Union», en CHALMERS, DAMIAN y ARNULL, ANTHONY (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015; LAZOWSKI, ADAM, «Withdrawal from the European Union and Alternatives to Membership», *European Law Review*, núm. 37, 2012; LOUIS, JEAN V., «Le droit de retrait de l'Union Européenne», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 42, vóls. 3-4, 2006.

[831] No fue hasta el Tratado Constitucional cuando por primera vez se incorporó la posibilidad de que un Estado miembro se retirase de la Unión (artículo I-60), previsión que fue mantenida en el Tratado de Lisboa. No obstante, aun en ausencia de esa disposición, se había interpretado con anterioridad que siempre asistía a los Estados esa posibilidad en el ejercicio de, en palabras de Neil MacCormick, una "soberanía residual". MACCORMICK, NEIL, "The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now", *op.cit.*, p. 265.

2.1.2. Argumento de la legitimación: soberanía popular

Toda Constitución tiene su origen en la intervención de un poder constituyente, que es la expresión de la soberanía popular. Es el pueblo actuando en esa condición el que crea y legitima un nuevo orden jurídico mediante la aprobación de un texto jurídico fundacional en la forma de una Constitución. Partiendo de este presupuesto, no puede reclamar primacía un sistema jurídico como la Unión Europea, dado que los Tratados constitutivos no son el fruto del compromiso de un inexistente *demos* europeo, sino que son el resultado del consentimiento de los Estados[832]. No media el concurso de un pueblo europeo que se autoidentifique como tal que de manera colectiva y, en un solo acto, manifieste su voluntad de constituir una comunidad política de conformidad con los postulados del constitucionalismo moderno.

Buena prueba de ello es que todas las versiones de los Tratados han recogido la fórmula de «los pueblos de Europa», negando así de manera indirecta la existencia de una realidad humana con una cierta homogeneidad que pueda ser asimilable a un *demos*[833]. Ni siquiera en la fallida Constitución europea, que pudiera entenderse como el texto jurídico europeo más ambicioso en este sentido, se atrevió a reconocer un pretendido pueblo europeo. A todo ello puede sumarse igualmente que es sumamente dudoso que exista en la actualidad un sentimiento mayoritario entre los ciudadanos europeos de identidad y de pertenencia común a un colectivo único[834].

2.1.3. Objeciones

La principal crítica a este discurso reside en su firme adhesión a una teoría del constitucionalismo construida a raíz de las revoluciones liberales de finales del siglo

---

[832] En relación al debate en torno a un *demos* europeo, *vid*. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europea*, *op.cit.*, pp. 37-39; ENOCH ALBERTI, ENOCH, «El Tratado por el que se establece una constitución para Europa y la emergencia de un derecho constitucional europeo», en CARRILLO, MARC y LÓPEZ BOFILL, HÈCTOR (coords.), *La Constitución europea: Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 39-40; GRIMM, DIETER, «Does Europe need a Constitution?», *op.cit.*; HABERMAS, JÜRGEN, «Remarks on Dieter's Grimm "Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, núm. 1, vol. 3, 1995; WEILER, JOSEPH H.H., "Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision", *op.cit.*

[833] En su redacción actual, entre las diferentes ocasiones en que se hace uso de esta expresión, el preámbulo del TUE en su párrafo núm. 12 dispone: «RESUELTOS a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad».

[834] Sobre la discusión teórica acerca de la identidad europea, *vid*. JONES, ERIK, «Identity and Solidarity», en JONES, ERIK, MENON, ANAND y WEATHERILL, STEPHEN (eds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 690-700; VON BOGDANDY, ARMIN, «The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, vóls. 2-3, 2005, pp. 295-315.

XVIII que no es capaz de dar cuenta de las transformaciones experimentadas a resultas del fenómeno de la globalización y, muy especialmente, del original proceso de integración regional desarrollado en Europa[835]. En efecto, conceptos claves de ese modelo deben ser objeto de una profunda reflexión para adaptarse a un marco espacial, temporal y, sobre todo, normativo muy distinto de aquel en el que se originaron[836]. Concretamente, la necesidad de reconsiderar nociones centrales de esa teoría tales como Estado, Constitución o soberanía a la luz de la integración europea va a influir decisivamente en el modo de articular la compleja relación Estados miembro-Unión.

El punto de partida de todos estos cambios se sitúa en un intenso proceso de fragmentación del poder público entre diferentes centros de poder y, muy especialmente, entre los Estados y la Unión[837]. Esto se ha concretado en paulatinas transferencias de competencias en favor de la Unión a través de las sucesivas reformas de los Tratados constitutivos por medio de las correspondientes cláusulas de habilitación constitucional -ya sean específicamente europeas, ya estuviesen diseñadas con vistas a organizaciones internacionales típicas-. Sea como fuere, estos cambios han incidido directamente en las nociones clásicas de Estado soberano y de Constitución. Ni aquel puede seguir siendo una entidad que concentre todo el poder público sobre una población dentro de sus confines territoriales, ni aquella el instrumento jurídico que regule y limite de manera omnicompresiva ese mismo poder. En estas circunstancias, las Constituciones han devenido documentos necesariamente parciales[838] y, en consecuencia, para contar con una panorámica completa de la ordenación del poder público en los Estados miembros es preciso completar los textos constitucionales con los Tratados europeos[839]. Siendo así, los Tribunales Constitucionales nacionales asisten igualmente a una cierta modulación de sus atribuciones en la medida en que, aun manteniendo inalterada su condición de intérpretes máximos de las respectivas Cartas magnas, se han visto afectados por los cambios concernientes a su objeto de interpretación[840].

---

[835] TORRES PÉREZ, AIDA, «En defensa del pluralismo constitucional», en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN I. y JÁUREGUI BERERCIARTU, GURUTZ (eds.), *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 155.

[836] En opinión de Cruz Villalón, bajo el fenómeno que él denomina «la erosión del constitucionalismo estatal», «las Constituciones, en una palabra, "ya no son lo que eran" prácticamente como consecuencia de que tampoco los Estados lo son, con lo que se alude a la incapacidad de los Estados nacionales -*denacionalización*- para determinar opciones políticas básicas». CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, *op.cit.*, pp. 27-28. La cursiva es del autor.

[837] SLAUGHTER, ANNE-MARIE, «The Real New Order», *Foreign Affairs*, núm. 76, 1997, p. 184.

[838] Este concepto de «Constituciones parciales» fue acuñado por Peter Häberle en los primeros años del presente siglo. *Vid*. BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, «La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho constitucional europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2013, p. 195.

[839] PERNICE, INGOLF, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited», *op.cit.*, pp. 710-711.

[840] Sobre las transformaciones experimentadas por los Tribunales Constitucionales en el marco de la integración europea, *vid.*, por todos, POPELIER, PATRICIA, MAZMANYAN, ARMEN y VANDENBRUWAENE, WERNER (eds.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Intersentia, Cambridge, 2013.

En suma, a la luz de estas breves reflexiones es posible poner en cuestión el paradigma constitucional tradicional construido sobre la base del binomio Estado-Constitución en los términos absolutos defendidos por el constitucionalismo liberal. El impacto de la integración sobre el espacio público europeo exige una nueva mirada de manera que las preguntas sobre cuál es la norma suprema del ordenamiento jurídico y cuál es la máxima autoridad judicial no encuentran una respuesta sencilla. Se han convertido en categorías jurídicas compuestas que precisan de una atención simultánea al plano nacional y supranacional y, por tanto, solo una aproximación teórica que reconozca una situación de pluralismo normativo será capaz de responder más adecuadamente a estos interrogantes.

2.2. Perspectiva supranacional: primacía del Derecho de la Unión

Se ha defendido igualmente una visión alternativa de acuerdo con la cual se reconoce primacía al Derecho de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros, imponiéndose incluso sobre las Constituciones nacionales. No es necesario insistir en la idea de que este principio no fue incorporado en los Tratados, sino que fue obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, además, que el mismo forma parte del acervo comunitario prácticamente desde sus orígenes. Como bien sabemos, este principio fue impuesto en la sentencia Costa c. ENEL y confirmado por la decisión Internationale Handelsgesellschaft, que le atribuyó un sentido absoluto e incondicional. Mayor interés presenta en estos momentos la justificación elaborada por ese mismo órgano judicial para dar sustento a esta controvertida construcción, que encuentra mayor apoyo en el espíritu de los Tratados que en su propia dicción literal, y que se concreta en tres argumentos principales derivados de una interpretación estructural, funcional y textual[841].

2.2.1. Argumento estructural

En primer lugar, el Tribunal de Justicia declara en el asunto Costa c. ENEL que los Tratados originarios han creado un ordenamiento jurídico propio con una duración inicialmente indeterminada desde la entrada en vigor de los mismos. Todo lo cual ha sido posible como resultado de una voluntaria limitación de soberanía de los Estados miembros en favor de las entonces Comunidades Europeas[842]. Pone el acento en la

[841] Respecto de los argumentos sostenidos por el Tribunal de Justicia para fundar el principio de primacía en el asunto Costa c. ENEL, *vid.* PERNICE, INGOLF, «Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law», *op.cit.*, pp. 48-50.

[842] STJCE de 15 de julio de 1964, Costa c. ENEL, 4/64: «Considerando que, a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales;
que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los

originalidad de esta nueva construcción jurídica y, a estos efectos, subraya la idea de que los Tratados de la CEE no son un Tratado internacional ordinario y que los mismos se integran en el sistema jurídico de los Estados miembros. Expresándose en estos términos, puede interpretarse que el Tribunal de Luxemburgo es claramente partidario de una concepción monista de las relaciones entre los ordenamientos nacionales y el europeo.

Para el Tribunal de Justicia, la reivindicación de la autonomía del ordenamiento jurídico europeo es un presupuesto imprescindible del que deduce la primacía del Derecho supranacional y, por tanto, la no sujeción a ninguna otra norma pretendidamente superior. Aun teniendo sus orígenes formalmente en un Tratado internacional, el Tribunal europeo sostuvo que el mismo nace de una «fuente autónoma» al que en posteriores pronunciamientos atribuyen incluso un carácter constitucional. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo se refiere expresamente a los Tratados en varias sentencias como una «carta constitucional fundamental», equiparándola así al papel que las mismas asumen en los correspondientes ordenamientos nacionales[843]. Por todo ello, los Tratados -y, más precisamente, el Derecho primario en general- son configurados jurídicamente como el canon de validez del Derecho derivado. Con respecto al Derecho nacional, la cuestión discurre por el cauce de la eficacia de manera que no pueden invocarse disposiciones nacionales, ni siquiera las que gozan de rango constitucional, que puedan comprometer la primacía del Derecho de la Unión.

2.2.2. Argumento funcional

En segundo lugar, se expone un argumento de índole más pragmática. Sustancialmente, se sostiene que si los Estados miembros pudieran aplicar el Derecho nacional de manera unilateral y con carácter absolutamente prevalente, se pondría en cuestión la eficacia, la uniformidad y la cohesión del entonces Derecho comunitario[844]. En caso contrario, permitir que cada Estado pudiera determinar la extensión del Derecho supranacional en su respectivo ámbito territorial traería como resultado que se frustrasen los objetivos establecidos en los Tratados y que se consintiera una quiebra del principio de no discriminación. En este sentido, se pronunció con especial claridad el Tribunal de Justicia en el asunto Hauer cuando dispuso que:

Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos».

[843] STJCE de 23 de abril de 1986, Los Verdes c. Parlamento, 294/83, apartado 23; Dictamen de 14 de diciembre de 1991, 1/91, apartado 21; Dictamen de 18 de diciembre de 2014, 2/13, apartado 163. En todo caso, conviene señalar que se trata de una fórmula utilizada en muy contadas ocasiones, lo cual obedece probablemente a la controversia que genera atribuir un carácter constitucional a los Tratados constitutivos.

[844] STJCE de 15 de julio de 1964, Costa c. ENEL, 4/64: «Que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado a que se refiere el apartado 2 del artículo 5, y sin causar una discriminación prohibida por el artículo 7».

«Establecer criterios particulares de apreciación a partir de la legislación o del ordenamiento constitucional de un determinado Estado miembro, iría en contra de la unidad material y la eficacia del Derecho comunitario, y rompería ineluctablemente la unidad del mercado común poniendo en peligro la cohesión de la Comunidad»[845].

Con el fin de asegurar el respeto de los antedichos principios, no solo era necesario que el Derecho comunitario fuera el parámetro de validez y de eficacia de todas las normas integradas en su sistema jurídico, sino que era preciso atribuir en exclusiva el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la potestad para controlar tales extremos. Esta facultad para llevar a cabo un escrutinio de las normas europeas fue otorgada al Tribunal de Luxemburgo en la conocida doctrina Foto-Frost[846].

2.2.3. Argumento textual

En tercer lugar, el último de los argumentos esgrimidos es probablemente el menos sólido de todos ellos. Así pues, con fundamento en un precepto concreto referido a los reglamentos en el que se afirma que estas fuentes normativas son vinculantes y directamente aplicables en todos los Estados miembros (artículo 189 Tratado CEE -actual artículo 288, párrafo segundo, TFUE-), extrae un principio general aplicable a todo el ordenamiento[847]. Y todo ello a pesar de que nada indica en esa disposición una voluntad por parte de los autores de los Tratados de concederle a esa disposición un ámbito de aplicación general; por no decir que, si esa hubiera sido su intención, la ubicación sistemática y la claridad de la redacción habrían sido decididamente otras.

2.2.4. Objeciones

Existe un amplio consenso en considerar que los orígenes de la Unión Europea se asientan en un acuerdo entre Estados soberanos en la forma de un Tratado internacional ordinario. No debe olvidarse que en sus inicios la integración europea aspiraba fundamentalmente a constituir y consolidar un mercado común bajo la estructura jurídica de una organización internacional convencional, y solo tras el transcurso de varias décadas pudo vislumbrarse cómo se empezaba a forjar una unión de carácter político. Otra cuestión distinta, y sin duda más discutible, es si las sucesivas reformas de los

---

[845] STJCE de 13 de diciembre de 1979, 4/79, Hauer, apartado 14.
[846] STJCE de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, 314/85.
[847] STJCE de 15 de julio de 1964, Costa c. ENEL, 4/64: «Considerando que la primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189, a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza "obligatoria" y son "directamente aplicables en cada Estado miembro";
que esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias».

Tratados constitutivos han comportado un cambio cualitativo que permita interpretar que hemos asistido a un verdadero proceso constitucionalizador[848].

No existe una posición doctrinal o jurisprudencial contraria al reconocimiento de la Unión como un ordenamiento jurídico autónomo, sino más concretamente a la afirmación del mismo por parte del Tribunal de Justicia como una autoridad originaria. En todo caso, aun aceptando en términos generales la autonomía del Derecho de la Unión, no es sencillo colegir que de la misma se derive la primacía europea, y mucho menos una concepción de la misma que la haga prevalecer incluso sobre las Constituciones nacionales. No se cuestiona que la viabilidad de un sistema jurídico como el de la Unión exija contar con ciertas dosis de preeminencia y de uniformidad; en caso contrario, se pondría seriamente en peligro su supervivencia. Desde nuestro punto de vista, el problema reside más bien en que el Tribunal de Luxemburgo ha optado por maximizar y priorizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión sin tomar suficientemente en consideración la necesidad de respetar un cierto grado de diversidad constitucional en el ámbito de los ordenamientos nacionales[849]. Una flexibilización de tales premisas no pone en riesgo los objetivos del proyecto común ni el normal funcionamiento de su ordenamiento jurídico, sino que precisamente pueden tener perniciosas consecuencias por lo que se refiere al mantenimiento de un equilibrio armonioso entre ambos sistemas jurídicos.

En conclusión, este análisis, en su doble vertiente nacional y supranacional, ha puesto de relieve la ausencia de una visión compartida en relación a qué norma ostenta la condición de norma suprema. Sería errado hablar de un total desacuerdo o de una completa confrontación entre ambos sistemas jurídicos, puesto que existe una general aceptación de la primacía del Derecho de la Unión en el seno de los ordenamientos nacionales. En cualquier caso, pervive una cierta discrepancia cuando se trata de determinar el concreto papel asignado a las Constituciones nacionales y a los Tratados en este orden constitucional compuesto. Es así como se revela la inaptitud del principio de primacía para ofrecer un marco teórico que ordene de manera satisfactoria esta pluralidad normativa en el espacio jurídico europeo. En estas circunstancias, conviene examinar la conveniencia de abandonar un modelo monista por otro pluralista donde el eje vertebrador de las relaciones entre sistemas jurídicos deje de girar en torno al principio de primacía y sea sustituido por el de cooperación entre autoridades que se encuentran en un plano de igualdad.

---

[848] Negando un proceso constitucionalizador en el seno de la Unión, *vid*. GRIMM, DIETER, «The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World», en DOBNER, PETRA y LOUGHLIN, MARTIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010; SCHILLING, THEODOR, «The Autonomy of the Community Legal Order - An Analysis of Possible Foundations», *Harvard International Law Journal*, núm. 37, 1996, pp. 390-395. En defensa de la posición contraria, *vid*. PERNICE, INGOLF, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited", *op.cit.*, p. 707; WEILER, JOSEPH H.H., «The Transformation of Europe», *op.cit.*

[849] Esta es una cuestión abordada con mayor detenimiento con motivo del análisis del principio de primacía europeo y su evolución jurisprudencial más reciente. Por tanto, nos remitimos al Capítulo tercero de esta investigación para un examen en mayor profundidad.

3. Una alternativa teórica a dos modelos insatisfactorios: pluralismo constitucional

3.1. Caracterización general

La primera formulación de la teoría del pluralismo constitucional es generalmente atribuida a la obra de Neil MacCormick. Este autor sitúa este debate en un contexto de transformación del concepto de soberanía en el marco de la integración europea en unas coordenadas históricas muy concretas: el proyecto europeo post-Maastricht[850]. En concreto, toma como puntos de partida la progresiva superación del modelo estatocéntrico tradicionalmente predominante y la consolidación de un escenario de pluralidad de centros de poder con capacidad normativa más allá del Estado[851]. En estas circunstancias, no aboga ni por una vuelta a una concentración del poder en manos del Estado -en la forma de una Europa de Estados soberanos ligados entre sí por un lánguido Derecho Internacional, que ha sido incapaz de evitar dos Guerras Mundiales ni el surgimiento de regímenes autoritarios[852]- ni a la completa acumulación del mismo en favor de las Comunidades Europeas en sustitución del papel secularmente ocupado por el Estado[853]. Por el contrario, propone, en términos aún muy genéricos y poco desarrollados[854], la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos regidos por los principios de cooperación y de no coerción[855].

---

[850] *Vid*. MACCORMICK, NEIL, «Beyond the Sovereign State», *The Modern Law Review*, núm. 56, 1993.

[851] Existen estudios que consideran la aplicación de esta teoría más allá de los límites territoriales de la Unión Europea, si bien el presente análisis se limitará a ese concreto ámbito espacial. *Vid*. WALKER, NEIL, «Constitutionalism and Pluralism in Global Context», en AVBELJ, MATEJ y KOMÁREK, JAN (eds.), *Constitutional Pluralism in the EU and Beyond*, Hart, Oxford, 2012.

[852] Respecto de las potencialidades de la integración europea para prevenir los dos riesgos enunciados -conflictos bélicos y ascenso de regímenes políticos totalitarios- por medio de una concepción que vaya más allá de una visión estatalista, *vid*. KUMM, MATTIAS, «Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice», *op.cit.*, p. 355.

[853] MACCORMICK, NEIL, «Beyond the Sovereign State», *op.cit.*, pp. 16-17.

[854] «¿Es posible pensar en un mundo en el que nuestra existencia normativa y nuestra vida práctica esté regida por, o vinculada por, una variedad de sistemas institucionales, cada uno de los cuales tenga validez u operatividad en relación a una variedad de cuestiones, ninguna de las cuales es absoluta sobre las restantes, y todas ellas, fundamentalmente, puedan operar sin conflictos mutuos serios en áreas de solapamiento? Si esto es posible en términos prácticos como claramente lo es conceptualmente, comportaría una difusión de los centros de poder político y de las autoridades jurídicas. Dependería en gran medida de una relativa voluntad de cooperación y de un relativo bajo grado de coerción en una forma directa y pura. Crearía un espacio para un debate real y serio sobre las demandas de subsidiariedad». *Ibid*., p. 17. Traducción propia.

[855] En todo caso, conviene precisar que la posición de este autor ha evolucionado con el paso del tiempo. De este modo, tras defender inicialmente un autodenominado «pluralismo radical», abrazó lo que él mismo calificaría como «pluralismo bajo el Derecho internacional». Así pues, en un primer momento, sostuvo la incapacidad del Derecho para dar respuesta a estos conflictos y, al mismo tiempo, propugnaba la necesidad solventarlos con recurso a mecanismos de naturaleza política. Posteriormente, defendió que los posibles conflictos entre ordenamientos podían ser reencauzados valiéndose de los instrumentos ofrecidos por el Derecho internacional. *Vid*. MACCORMICK, NEIL, «Risking Constitutional Collision in Europe», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 18, 1998; MACCORMICK, NEIL, *Questioning Sovereingty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

Como advertíamos en nuestra introducción, ha florecido en los últimos años una copiosa literatura que ha enriquecido este nuevo paradigma constitucional a través de las aportaciones de numerosos autores. Excedería sobremanera de nuestro planteamiento una exposición pormenorizada del vasto panorama doctrinal en relación a esta teoría para la ordenación del conjunto formado por los sistemas jurídicos nacionales y el europeo. Por el contrario, y sin perder de vista nuestro análisis de fondo sobre la proposición de un modelo de resolución de conflictos sobre la identidad nacional, es sin duda más oportuno ofrecer un planteamiento encaminado a esbozar los caracteres básicos de este modelo junto con sus fortalezas y debilidades. En otras palabras, juzgamos más adecuado exponer las razones que hacen del mismo un discurso especialmente apropiado para el actual contexto normativo europeo sin dejar por ello de poner en evidencia las fragilidades inherentes al mismo.

El pluralismo constitucional puede entenderse como un modelo para la relación entre varios ordenamientos jurídicos, cada uno de los cuales cuenta con una norma suprema de la que deriva la validez de las restantes y con una autoridad judicial que ostenta la condición de máximo intérprete de aquella[856]. De este modo, se conjugan dos rasgos aparentemente contradictorios, esto es, todo ordenamiento es a la vez autónomo e interdependiente. Ahora bien, no se trata de una autonomía absoluta, sino parcial a resultas de un nuevo contexto en el que los Estados se han abierto a un escenario de influencias recíprocas y, por tanto, ya no pueden seguir concibiéndose como realidades autorreferenciales. Esta caracterización obliga a desechar la simpleza de la jerarquía como criterio básico de ordenación, que es sustituida por otro, sin duda más complejo y dinámico, como es la coordinación.

Este importante esfuerzo teórico contrasta vivamente con el modelo monista de impronta kelseniana que concibe a los ordenamientos como un conjunto normativo reconducible a una unidad bajo el imperio de una norma suprema. Reconoce, por el contrario, el pluralismo constitucional la coexistencia de varios ordenamientos como una característica propia del sistema donde los posibles conflictos fruto de una inherente situación de solapamiento normativo deben articularse con arreglo a los principios de coordinación, reconocimiento mutuo de sistemas y autoridades y, todo ello, con base en una lógica dialéctica[857].

3.2. Virtudes y objeciones del pluralismo constitucional

[856] *Ibid.*, p. 104.
[857] HALBERSTAM, DANIEL, «Constitutional Heterarchy: The Centrality of conflict in the European Union and the United States», en DUNOFF, JEFFREY L. y TRACHTMAN, JOEL P., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 328.

El pluralismo constitucional es una construcción teórica que persigue postularse como alternativa frente a un modelo de base estatal que es incapaz dar respuesta a un entorno de fragmentación del poder público y de grandes problemas compartidos a escala global. Ofrece así la ventaja de superar los potenciales excesos asociados a una soberanía absoluta cuya expresión más dramática es la de conflictos bélicos que, desgraciadamente, se han constatado una y otra vez a lo largo del siglo XX[858]. En este sentido, el Derecho internacional, como instrumento para prevenir posibles enfrentamientos violentos interestatales y procurar la paz y seguridad internacional, tampoco se ha revelado particularmente efectivo[859]. Al mismo tiempo, se descartan posibles hipótesis encaminadas a sugerir la creación de una estructura política equiparable a un Estado en el plano supranacional que terminara por incurrir en los mismos vicios.

La coexistencia de dos órdenes jurídicos -en lugar de la prevalencia de uno sobre otro, ya sea del nacional sobre el europeo, o viceversa- genera unas dinámicas de control mutuo (*checks and balances*) que contribuyen a limar los posibles abusos de una u otra parte[860]. Sería ingenuo pensar que el propósito del pluralismo constitucional es el de neutralizar toda posible colisión entre ambas esferas, sino que, partiendo de un escenario esencialmente conflictivo -fruto de una pluralidad de autoridades y de una superposición creciente de regulaciones-, aborda este nuevo marco normativo rechazando los postulados tradicionales y ofreciendo nuevas herramientas para resolver las diferencias. Abandona todo esfuerzo por situar a las Constituciones nacionales o a los Tratados europeos como norma suprema y a los Tribunales Constitucionales o al Tribunal de Justicia como autoridades últimas en el espacio jurídico europeo, centrando sus energías en brindar los mecanismos necesarios que faciliten una continua interacción entre ambos sistemas.

No obstante, este nuevo paradigma que celebra la ausencia de una única norma suprema y de una solo autoridad última no está exento de críticas. Una primera objeción que puede traer aparejada la implantación de este modelo es la de la falta de certidumbre jurídica. No solo es una cuestión de una necesaria previsibilidad, sino también de unidad y de coherencia. Todos estos rasgos permiten dotar a un sistema normativo de elevadas dosis de certidumbre respecto de las normas existentes y de las reglas para la resolución de conflictos que, en última instancia, se superarían con arreglo al criterio de jerarquía. Sin embargo, sería errado tratar de establecer una comparación entre el pluralismo constitucional y un modelo estatal idealizado, siendo cuestionable que el mismo cumpla, al menos en un sentido absoluto, con tales parámetros, y menos aún, en un contexto actual de globalización[861]. Por el contrario, la progresiva consolidación de un espacio común en

---

[858] WEILER, JOSEPH H.H., *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 431.
[859] *Ibidem*.
[860] POIARES MADURO, MIGUEL, «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», *op.cit.*, p. 523.
[861] KUMM, MATTIAS, «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism», en DUNOFF, JEFFREY L. y TRACHTMAN, JOEL P., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 263.

el que se comparten ciertas dosis de competencias y de autoridad va a intensificar el grado de interdependencia entre ambas esferas, actuando como un catalizador que promueva la necesidad de un reconocimiento mutuo y de cooperación a fin de garantizar la supervivencia y el correcto funcionamiento de este orden constitucional compuesto[862].

II. Jurisdicción competente en conflictos sobre la identidad nacional

Más allá del debate general acerca de qué autoridad judicial tiene la «última palabra» en el espacio jurídico europeo, nos corresponde llevar a cabo un análisis más específico encaminado a responder básicamente a los tres siguientes interrogantes: ¿quién decide qué es la identidad nacional?, ¿quién determina cuándo la misma ha sido infringida?, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas de una declaración judicial de violación del artículo 4.2 TUE? A este respecto, existen básicamente tres modelos posibles, a saber: autoridad judicial última (ya sea en manos de la jurisdicción nacional, ya sea en manos de la jurisdicción europea), una serie de modelos intermedios formulados por algunos autores y, finalmente, la opción por la que nos decantaremos, que se caracteriza por una relación de cooperación judicial donde existe una situación de equilibrio entre las autoridades intervinientes canalizadas gracias al central instrumento del diálogo entre jurisdicciones.

1. Primer modelo: reivindicación de una autoridad judicial última

Las posiciones de partida de las máximas autoridades judiciales en el espacio jurídico europeo se concretan en una autoatribución de jurisdicción para aquellos casos que podemos denominar como conflictos sistémicos. Por tales casos nos referimos a aquellas controversias en las que subyace la cuestión sobre la legitimidad para decidir en sede judicial y con carácter definitivo sobre los fundamentos últimos del orden constitucional común, que tradicionalmente han enfrentado a las jurisdicciones constitucionales y a la supranacional en un debate aparentemente irresoluble. Cada uno de estos actores judiciales se reconoce a sí mismo la competencia para enjuiciar en última instancia sobre estos hipotéticos conflictos, si bien esta disparidad de pareceres manifestada en el plano teórico nunca ha alcanzado una aplicación práctica que haya devenido en una colisión insalvable. A pesar de que la praxis judicial ha conocido de conflictos cargados de una alta potencialidad disruptiva a causa de la alegación de una posible violación de la identidad nacional, apenas representan un número muy reducido en términos cuantitativos y todos ellos han podido superarse por medio de un ejercicio de moderación judicial practicado por unas u otras autoridades judiciales, según los casos. Pueden diferenciarse dos aproximaciones judiciales que, compartiendo una adhesión a un

[862] WOUTERS, JAN, «National Constitutions and the European Union», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 27, vol. 1, 2000, pp. 28-36.

modelo donde existe un único órgano judicial que ostenta la autoridad última en el espacio judicial europeo, difieren en la determinación del sujeto titular de la misma.

1.1. Tribunal de Justicia como máxima autoridad en el espacio judicial europeo

El Tribunal de Justicia se concibe como el máximo intérprete del Derecho de la Unión (artículo 19.1, párrafo primero, TUE[863]), asegurándose así que los Tribunales nacionales aplican el mismo de manera uniforme en todo el territorio de la Unión Europea. De ello se sigue que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen vedada la posibilidad de atribuir la resolución de controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto del previsto convencionalmente (artículo 344 TFUE[864])[865]. Esa prohibición se extiende no solo a cualquier acuerdo internacional por el que se reconociera competencia a un Tribunal internacional ajeno al sistema judicial europeo, sino que incumbe igualmente a «las relaciones recíprocas entre los Estados miembros y la Unión», como una manifestación específica de su deber de cooperación leal (artículo 4.3 TUE)[866].

Estos son los presupuestos normativos sobre los que la doctrina ha defendido unánimemente la competencia del Tribunal de Justicia para enjuiciar los asuntos concernientes a la identidad nacional, aunque con algunos matices no despreciables en atención al papel que asignan a los Tribunales Constitucionales[867]. Por su parte, el Tribunal de Luxemburgo no ha efectuado nunca una declaración expresa por la que asuma de manera incontrovertida esa potestad, si bien podría entenderse que todos los asuntos que ha conocido en relación a la misma revelan de manera implícita esa postura, sin que haya considerado necesario una justificación a este respecto. De acuerdo con esta visión, el respeto a la identidad nacional es una obligación que tiene su fundamento en una norma de Derecho de la Unión y, por consiguiente, no hay duda de que el artículo 4.2 TUE está sometido a la interpretación y aplicación del Tribunal supranacional[868]. Asimismo, esta

---

[863] Artículo 19.1, párrafo primero, TUE: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados».

[864] Artículo 344 TFUE: «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».

[865] Dictamen de 14 de diciembre de 1991, 1/91, apartado 35; STJCE de 30 de mayo de 2006, Comisión c. Irlanda (también conocido como caso «Mox Plant»), C-459/03, apartados 123 y 136; STJUE de 3 de septiembre de 2008, Kadi, C-402/05 P, apartado 282; Dictamen de 18 de diciembre de 2014, 2/13, apartado 210.

[866] STJCE de 30 de mayo de 2006, Comisión c. Irlanda, C-459/03, apartado 169; Dictamen de 18 de diciembre de 2014, 2/13, apartado 211.

[867] CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity Is it Anyway?», *op.cit.*, p. 221; CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law*, *op.cit.*, pp. 6 y 67.

[868] En términos particularmente elocuentes se ha expresado Claes, que ha defendido que «La UE debe, *como una cuestión de Derecho de la UE*, respetar la identidad constitucional alegada por los Estados miembros, y si fuera necesario, admitir excepciones, si se considera que la identidad nacional así lo requiere. Finalmente, corresponde a la UE y a su TJUE decidir si la alegación del Estado miembro basada

fue la intención de los autores de la Convención europea encargada de redactar la Constitución europea, que tuvo su reflejo en los trabajos preparatorios de la misma[869].

En todo caso, y como tendremos oportunidad de examinar más adelante, hasta ahora se ha expuesto una aproximación que únicamente parece ser defendida en un sentido estricto por el Tribunal de Justicia. Por su parte, la doctrina más cercana a estos planteamientos ha flexibilizado estos razonamientos, reconociendo la necesidad de una mayor interacción entre la jurisdicción europea y la jurisdicción constitucional por medio de la articulación de diversos mecanismos.

1.2. Tribunales Constitucionales nacionales como máxima autoridad en el espacio judicial europeo

Ciertos Tribunales Constitucionales domésticos han elaborado y no han renunciado nunca a la denominada doctrina de los *controlimiti*. De acuerdo con la misma, se atribuye a la jurisdicción constitucional un poder residual para dejar sin efecto en el ordenamiento interno cualquier acto o norma de una autoridad supranacional que pueda comportar una intromisión intolerable en una -aún subsistente, aunque limitada- soberanía nacional. Dicha transgresión se producirá cuando no se respete siquiera un mínimo grado de autodeterminación de los ordenamientos nacionales sobre decisiones constitucionales básicas. Aun existiendo diferencias entre un Estado y otro sobre el alcance de aquella doctrina y habiendo sido la misma considerablemente limitada por parte de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales nacionales con el paso de las décadas, ha permanecido incólume el reducto de la identidad nacional. Hasta el momento, ha sido posible contener ese posible escenario de confrontación, pero no por ello puede dejar de recordarse que existe una facultad en estado de latencia que puede activarse en caso de que tales órganos jurisdiccionales estimen que pueden estar en peligro las estructuras básicas del orden constitucional nacional.

Resulta incontrovertido el reconocimiento por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales y de la doctrina de una jurisdicción general en favor del Tribunal de Justicia para poder resolver los litigios que tengan por objeto la identidad nacional. Otra cuestión distinta consiste en saber si en caso de que la misma no sea adecuadamente amparada por el Tribunal de Luxemburgo, cabe la posibilidad de que la

---

en la identidad nacional debería ser sancionada como una cuestión de Derecho de la UE». La cursiva es de la autora. Traducción propia. CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity Is it Anyway?», *op.cit.*, p. 221.

[869] Informe final del Grupo de Trabajo V de la Convención europea, 4 de noviembre de 2002, CONV 375/1/02 REV 1, p. 11: «A este último respecto, se observó que la disposición no era una cláusula derogatoria. Los Estados miembros seguirán estando sujetos a la obligación de respetar las disposiciones de los Tratados (…) Si fuera atribuida competencia al Tribunal de Justicia con respecto a ese artículo en un futuro "tratado básico de significado constitucional", el Tribunal sería el último intérprete de esta disposición si las instituciones políticas fueran más allá de un razonable margen de apreciación». Traducción propia.

jurisdicción constitucional pueda intervenir de manera subsidiaria en su condición de garante último de su patrimonio constitucional esencial. Este es precisamente el parecer sostenido por parte de la jurisprudencia constitucional con fundamento en la citada doctrina de los *controlimiti*, así como por una parte minoritaria de la doctrina. En todo caso, es preciso aclarar que existiendo una cierta homogeneidad entre las diferentes jurisdicciones constitucionales a la hora de imponer una serie de límites a la integración europea, no son de todo punto equiparables y no todas ellas citan expresamente a la identidad nacional[870]. Una mayor similitud presentan los Estados europeos estudiados en este trabajo (Alemania, Italia, España y Francia), habiendo todos ellos, aun con matices no despreciables, reconocido esa jurisdicción subsidiaria de sus Tribunales Constitucionales[871].

En cuanto a la doctrina, hay una parte de la misma que se inclina por considerar que, bajo el cumplimiento previo de una serie de requisitos excepcionales de naturaleza sustantiva y procesal, cabe la posibilidad de que tales Tribunales nacionales puedan separarse del dictado del Tribunal de Justicia aun a sabiendas de que esa respuesta es contraria al Derecho de la Unión[872]. De todos modos, debe puntualizarse que esta opinión académica estructura la resolución de conflictos en esta materia sobre la premisa de unas sólidas relaciones de cooperación judicial, de manera que la unilateralidad solo puede ser el resultado final e indeseable de un fracasado intercambio dialéctico previo. En consecuencia, es una postura considerablemente más suavizada que la expresada por las jurisdicciones constitucionales que parecen sugerir la existencia de -potenciales y no corroboradas en la práctica- facultades unilaterales de intervención para impedir los efectos del Derecho de la Unión en el ordenamiento nacional de que se trate, revestidas de importantes dosis de discrecionalidad.

2. Segundo modelo: creación de una tercera instancia judicial

Entre aquellos teóricos de la integración que conciben la ordenación de la confluencia de los ordenamientos nacionales y el europeo de acuerdo con un paradigma que se asienta en los principios de pluralismo, heterarquía[873] y coordinación -en contraposición con las ideas de monismo, jerarquía y coerción, respectivamente-, se han

---

[870] Subrayando las diferencias entre las diferentes respuestas articuladas por las jurisdicciones constitucionales a lo largo del continente, *vid*. CLAES, MONICA y REESTMAN, JAN-HERMAN, «The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case», *op.cit.*, pp. 941-945.

[871] Existe una pluralidad de Tribunales Constitucionales nacionales que han declarado su jurisdicción para conocer de una posible transgresión de su identidad nacional en aplicación de una doctrina que puede encontrar inspiración en la conocida teoría de los *controlimiti*. Por citar algunos casos, *vid.* STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BvR 2/08, apartado 235; ATC de Italia de 23 de noviembre de 2016, Taricco, 24/2017, apartado 2; DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 4; SCC de 27 de julio de 2006, núm. 2006-540 DC, apartado 19.

[872] VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, pp. 1447-1452.

[873] Sobre el concepto de heterarquía, *vid*. HALBERSTAM, DANIEL, «Constitutional Heterarchy: The Centrality of conflict in the European Union and the United States», *op.cit.*, pp. 326 y ss.

elaborado algunas propuestas para la resolución de conflictos constitucionales. Se sugieren diversos modelos que no tienen su base en meras alusiones genéricas a la cooperación entre las máximas autoridades judiciales del espacio jurídico europeo, sino que apuestan por soluciones más concretas, estructuradas y de naturaleza orgánica. Avanzan proposiciones de muy distinto signo, si bien todas ellas coinciden en la creación de una tercera instancia arbitral o judicial a la que se atribuye la potestad de poner fin este tipo de litigios, lo cual comporta una innovación respecto del marco institucional previsto en el Derecho de la Unión vigente. Entre tales elaboraciones teóricas, destacan especialmente, por razón de la especial autoridad de quienes las suscriben, aquellas elaboradas por MacCormick, Schmid, y Weiler y Haltern, que pueden agruparse en dos tipos: creación de un órgano de conciliación bajo el amparo del Derecho Internacional público y establecimiento de un Consejo Constitucional.

2.1. Creación de un órgano de conciliación al amparo del Derecho Internacional público

En un primer momento, cabe precisar que MacCormick ha terminado asumiendo una posición que el mismo ha denominado como «pluralismo bajo el Derecho internacional» tras superar una fase inicial de, siguiendo igualmente sus propios términos, «pluralismo radical»[874]. En pocas palabras, aquel modelo concibe la existencia de dos sistemas jurídicos individuales, interdependientes y parcialmente superpuestos, que se relacionan entre sí de acuerdo con pautas de cooperación. Concretamente, la nota distintiva del mismo reside en que los posibles conflictos que puedan acontecer entre la Unión y los Estados miembros «no ocurren en un vacío normativo, sino en un espacio en el que el Derecho Internacional no solo es relevante, sino efectivamente decisivo»[875]. Impone a ambas instancias jurisdiccionales una actitud circunspecta y sensible con las implicaciones que sus decisiones puedan tener en el otro ordenamiento jurídico con el que interactúan, a fin de evitar que un escenario de confrontación judicial pueda tener lugar. No obstante, si dicha colisión fuera ineludible y, además, no fuera posible reconducir la misma sin poner en cuestión los fundamentos de cada ordenamiento, admite que podrá acudirse de manera subsidiaria a soluciones políticas. En todo caso, MacCormick apunta la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional antes de valerse de mecanismos de naturaleza estrictamente política[876]. Desafortunadamente, se trata de una propuesta muy poco elaborada en la que no se desarrolla ni siquiera mínimamente cómo se concretaría esta fórmula de resolución de conflictos por medio de instancias internacionales.

---

[874] MACCORMICK, NEIL, «Risking Constitutional Collision in Europe?», *op.cit.*, pp. 527-532.

[875] MACCORMICK, NEIL, *Questioning Sovereingty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, *op.cit.*, p. 124.

[876] «Esta aproximación ayudaría a disminuir el riesgo de una colisión normativa, pero ante la eventualidad de un conflicto aparentemente irresoluble entre uno o más Tribunales naciones y el TJCE, siempre existará según esta tesis la posibilidad de recurrir a instancias internacionales o de arbitraje para resolver estos asuntos». *Ibid.*, p. 125. Traducción propia.

En segundo lugar, la propuesta de Schmid consiste igualmente en la remisión de este tipo de conflictos a una tercera instancia bajo el parámetro del Derecho internacional, aunque en esta ocasión presenta un discurso mucho más elaborado y argumentado[877]. Considera que las máximas autoridades judiciales pueden siempre alcanzar lo que denomina como una «solución concordante», entendida como un acuerdo sobre un estándar constitucional aceptable para ambas partes fruto de una actitud cooperativa[878]. Sin embargo, considera que este marco de resolución de conflictos puede resultar perjudicial para la estabilidad del Derecho supranacional en la medida en que no neutraliza la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales nacionales puedan en última instancia decidir la inaplicación del entonces Derecho comunitario.

A juicio de este autor, el propio Derecho comunitario contempla dos principios básicos de aplicación en estos casos: el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros y el deber de cooperación leal[879]. Defiende, no obstante, que estos principios son excesivamente genéricos para ofrecer una solución a este tipo de conflictos. Así las cosas, abre la puerta a la aplicación subsidiaria del Derecho Internacional en aquellos casos excepcionales en los que el Derecho supranacional no ofrezca una solución[880]. Debe apuntarse que, en el momento en el que este autor suscribe su teoría, el Tribunal de Justicia ostentaba competencias más limitadas que en la actualidad y, más concretamente, existía una visión mayoritaria que, con fundamento en el artículo L del Tratado de Maastricht, negaba la jurisdicción de este órgano judicial para conocer de este tipo de controversias.

Según Schmid, este planteamiento aparece avalado por el artículo 46 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados en los términos interpretados por la teoría de la evidencia[881]. De acuerdo con esta teoría, una violación manifiesta de una norma de importancia fundamental -y en especial una disposición de naturaleza constitucional- no tiene por qué ser tolerada por el Estado cuando aquella tenga su origen en la ratificación de los Tratados o en la aprobación de una norma de Derecho derivado. En tales circunstancias, la violación de esas normas de Derecho interno no comporta la invalidez o ineficacia de la disposición controvertida, sino que únicamente otorgan al

---

[877] *Vid.* SCHMID, CHRISTOPH, «From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law», *EUI Working Papers*, LAW 98/7, 1998.
[878] *Ibid.*, p. 18.
[879] *Ibid.*, pp. 20-25.
[880] *Ibid.*, pp. 28-33.
[881] Artículo 46 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: «1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe».

Estado el derecho a un procedimiento de conciliación[882]. Eso sí, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales para salvaguardar provisionalmente los bienes jurídico-constitucionales que se encuentren en una situación de desamparo. El Derecho Internacional público únicamente impone la conciliación como método alternativo para la resolución de conflictos, sin pronunciarse sobre el órgano, el procedimiento y los efectos de sus decisiones, que, según este autor, deberán adaptarse a las características específicas del Derecho comunitario. En este sentido, propone que la creación de este nuevo órgano de conciliación corresponda al legislador comunitario por medio de una reforma de los Tratados, que esté compuesto por miembros de los Tribunales Constitucionales nacionales -o, en su caso, de los Tribunales Supremos- y del Tribunal de Justicia, tomando como modelo los *Gemeinsame* existentes en la legislación procesal alemana, reconociendo a sus decisiones un valor vinculante[883].

A diferencia de la parquedad e imprecisión del modelo de MacCormick, que contempla una mera remisión carente de toda concreción a una conciliación arbitral en manos de una tercera instancia internacional, esta segunda propuesta doctrinal es significativamente más precisa y fundamentada.

En un primer momento, es preciso poner el acento en que han transcurrido más de veinte años desde que la teoría de Schmid fuera formulada y, por tanto, es preciso examinarla a la luz del Derecho en vigor para apreciar su aplicabilidad en el momento presente. A nuestro modo de ver, una importante crítica a este modelo se debe a que el mismo otorga un papel fundamental al Derecho Internacional público como instrumento de aplicación subsidiaria para la resolución de conflictos extraordinarios no expresamente contemplados en el Derecho comunitario. A este respecto, es posible que el rol central que atribuye a esta rama del Derecho pueda tener su explicación en el momento en el que elabora esta teoría a final de los años noventa del siglo pasado, si bien, el fortísimo desarrollo de Derecho de la Unión hace cada vez más remota la posibilidad de que exista un vacío normativo que deba ser colmado. En este sentido, Schmid expresa que concurren dos obligaciones cruzadas entre los Estados miembros y la Unión fruto de los mandatos de cooperación leal (artículo 5 TCE - actual artículo 4.3 TUE-) y de respeto a la identidad nacional (artículo F.1 TUE -actual artículo 4.2 TUE-) que no presentan una determinación suficiente y, precisamente por ello, está justificada la intervención del Derecho Internacional. Es más, afirma de manera inequívoca que el Tribunal de Justicia carece de jurisdicción para enjuiciar los asuntos concernientes a la identidad nacional, de ahí que, en su opinión, sea preciso acudir a un órgano externo a su propio sistema institucional[884]. No obstante, como bien sabemos, la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo se ha expandido considerablemente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, en concreto, no existe dudas en la doctrina de que la misma se extiende igualmente para

[882] SCHMID, CHRISTOPH, «From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law», *op.cit.*, p. 39.
[883] *Ibid.*, pp. 42-44.
[884] *Ibid.*, pp. 23 y 40.

incorporar los conflictos sobre la identidad nacional. Considerada esta evolución del Derecho de la Unión, y sin desmerecer el ímprobo esfuerzo teórico desarrollado en ese modelo y el interés de muchos de sus planteamientos, los argumentos centrales del mismo pierden prácticamente toda su fuerza.

2.2. Establecimiento de un Consejo Constitucional europeo

Para la resolución de este tipo de conflictos sistémicos, Weiler y Haltern proponen la creación de un «Consejo Constitucional», inspirado en el *Conseil Constitutionnel* francés[885]. En contraposición a las dos propuestas doctrinales que nos han precedido, esta propone la creación de un nuevo órgano que se incardinaría en la propia arquitectura institucional europea y, además, sin basarse en fundamentos *iusinternacionalistas*. Señalan estos autores que este órgano judicial de nueva creación únicamente tendría jurisdicción en relación a asuntos de naturaleza competencial (incluido el principio de subsidiariedad) e intervendría con carácter *ex ante*, esto es, decidiría sobre casos que se le sometieran a su consideración respecto de normas que aún no hayan entrado en vigor[886]. Reconocen legitimidad para poder incoar este tipo de procesos a cualquier institución de la Unión, cualquier Estado miembro y al Parlamento europeo cuando actúe con el respaldo de la mayoría de sus miembros. Desde el punto de vista de su composición, este nuevo órgano estaría presidido por el presidente del Tribunal de Justicia y el resto de los miembros estaría integrado por quienes en ese momento fueran magistrados de los Tribunales Constitucionales nacionales u órganos asimilados en aquellos Estados miembros en los que las funciones propias de la jurisdicción constitucional esté asignada a los Tribunales Supremos[887]. Ponen el énfasis en que la determinación de la competencia es una cuestión de naturaleza constitucional, aunque corresponde a una institución supranacional la jurisdicción para poner fin a este tipo de conflictos, que ese mismo órgano deberá regirse por al Derecho de la Unión y, además, que los Estados miembros están despojados de la posibilidad de ejercer un hipotético derecho de veto. Entre sus méritos, sus autores sostienen que esta propuesta consiguiría evitar la ruptura de la integridad de la entonces Comunidad europea -como sucedería en caso de que cada Corte constitucional actuase unilateralmente mediante el recurso a los denominados *controlimiti*-, que su composición híbrida consigue desplazar sus decisiones de la esfera estrictamente política y, por último, que este Consejo Constitucional disfrutaría de una mayor legitimidad que el Tribunal de Justicia[888].

---

[885] WEILER, JOSEPH H.H. Y HALTERN, ULRICH, «European Democracy and Its Critique», *West European Politics*, núm. 18, vol. 3, 1995, pp. 38-39; WEILER, JOSEPH H.H. Y HALTERN, ULRICH, «The Autonomy of the Community Legal Order Through the Looking Glass», *Harvard International Law Journal*, núm. 37, vol. 2, 1996, pp. 447-448.
[886] *Ibid.*, p. 447.
[887] *Ibidem*.
[888] *Ibid.*, p. 448.

Para terminar con el último de los planteamientos teóricos, es preciso detenernos igualmente, tal y como hemos hecho con los otros dos casos que nos han precedido, en una serie de problemas de base que presenta esta propuesta de Weiler y Haltern[889]. Para empezar, y quizás el más evidente, es que limita incomprensiblemente las atribuciones del Consejo Constitucional a cuestiones competenciales, de manera que en los exactos términos en que está diseñada no permitiría acoger conflictos relativos a la identidad nacional. En segundo lugar, establecer como único parámetro de control el Derecho de la Unión es igualmente controvertido. En tales circunstancias, de nada sirve integrar a magistrados de los Altos Tribunales nacionales en la composición de este órgano de nueva creación si las reglas por las que se va a regir el conflicto son aquellas que han sido elaboradas para responder a los intereses y a la especificidad del ordenamiento supranacional. Por este motivo, somos escépticos en torno a la circunstancia de que la nueva articulación de este tipo de conflictos sea capaz de superar la «desconfianza» a la que aluden sus promotores.

2.3. Objeciones en relación a las propuestas alternativas para la resolución de conflictos constitucionales en el espacio judicial europeo

La constitución de un tercer órgano de naturaleza arbitral o judicial, distinto de las autoridades judiciales ya existentes en el espacio judicial europeo, presenta serios inconvenientes que es preciso poner de relieve[890]. Con anterioridad, hemos tenido oportunidad se señalar las objeciones que hemos apreciado respecto de cada uno de los modelos anteriores de manera individual, correspondiendo ahora elevar una crítica general a la idea subyacente a todos ellos: la creación de una tercera instancia.

En primer lugar, razones de economía institucional y procesal aconsejan hacer uso de la arquitectura judicial existente para encauzar este tipo de conflictos[891]. De un lado, permitiría ahorrar los costes que generaría la creación un nuevo órgano judicial, sumando así una nueva instancia jurisdiccional a la ya de por sí numerosas en el momento actual. De otro, se evitaría la irremediable dilación de los tiempos de resolución que comportaría añadir un nuevo órgano. En efecto, no olvidemos que este tipo de conflictos se plantean normalmente por medio de una cuestión prejudicial, de manera que ya se parte de una situación en la que intervienen dos órganos judiciales. Configurándose como una cuestión incidental, la petición de decisión deberá ser devuelta al órgano judicial de instancia para que decida definitivamente sobre el fondo del asunto. Siendo así, añadir una ulterior remisión a un tercer órgano provocaría inevitablemente aumentar los tiempos para resolver más allá de lo que juzgamos deseable.

---

[889] Para una crítica a esta propuesta, *vid*. SCHMID, CHRISTOPH, «From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law», *op.cit.*, p. 28 (véase la nota a pie de página núm. 84).
[890] En contra de las tres propuestas anteriores, *vid*. TORRES PÉREZ, AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, *op.cit.*, pp. 65-67.
[891] *Ibid.*, p. 65.

En segundo lugar, un nuevo órgano judicial no sería capaz, por el mero hecho de su creación, de desembarazarse de los problemas de legitimidad que generalmente son imputados el Tribunal de Justicia[892]. Para contrarrestar estas posibles críticas, sería preferible mantener la estructura básica de esta institución y limitarnos a hacer uso de todas las posibilidades que el régimen actual nos ofrece. De un lado, una opción plenamente aplicable con la normativa en vigor sería promocionar un mayor uso de la Gran Sala o el Pleno como formaciones preferentes para la resolución de este tipo de controversias sistémicas. En este sentido, la normativa está redactada en términos muy amplios y consiente la atribución del asunto a tales formaciones cuando un conflicto revista una especial importancia que aconseje la intervención de un número de magistrados superior al habitual (artículo 251 TFUE[893] y artículo 16, párrafos 3[894] y 6[895], Estatuto del Tribunal de Justicia), reforzando así la autoridad de sus pronunciamientos[896]. De otro lado, existen otras alternativas tendentes a la consecución de ese mismo propósito, aunque más complejas por no estar expresamente previstas en las normas que rigen el proceso ante el Tribunal de Luxemburgo. A este respecto, podría aplicarse la interesante propuesta de una composición mixta de magistrados a que se referían algunos de los modelos sugeridos anteriormente por diversos autores, que bien podría canalizarse por medio de una suerte de sala especial creada *ad hoc* para la resolución de este tipo de conflictos integrada en el propio Tribunal. Una última posibilidad, en principio inexplorada por parte de la doctrina, sería la de incorporar jueces nacionales en aquellos conflictos donde estén en juego los intereses nacionales del Estado miembro del que son

[892] *Vid*. POLLACK, MARK A., «The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union», en COHEN, HARLAN y GROSSMAN, NIENKE (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

[893] Artículo 251 TFUE: «El Tribunal de Justicia actuará en Salas o en Gran Sala, de conformidad con las normas establecidas al respecto en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
Cuando el Estatuto así lo disponga, el Tribunal de Justicia también podrá actuar en Pleno».

[894] Artículo 16, párrafo 3, Estatuto del Tribunal de Justicia: «El Tribunal de Justicia actuará en Gran Sala cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de la Unión que sea parte en el proceso».

[895] Artículo 16, párrafo 6, Estatuto del Tribunal de Justicia: «Asimismo, cuando considere que un asunto del que conoce reviste una importancia excepcional, el Tribunal de Justicia podrá decidir, oído el Abogado General, su atribución al Pleno».

[896] La praxis judicial no se ha alejado de estos usos que juzgamos aconsejables para resolver este tipo de conflictos constitucionales. Así pues, el Tribunal de Justicia suele reunirse en formaciones más numerosas cuando trata asuntos de esta índole. Una buena prueba de ello es que en todos los casos en que algunos de los Tribunales Constitucionales objeto de estudio preferente en este estudio (Alemania, Italia, Francia y España) han elevado una cuestión prejudicial, la misma ha sido enjuiciada en Gran Sala. Una excepción a este respecto viene representada por el asunto Jeremy, única prejudicial europea planteada por el momento por el *Conseil Constitutionnel*, que fue conocido por la Sala Segunda, aunque debe apuntarse que en esa decisión judicial no se planteó ninguna problemática en relación a la identidad nacional.

originarios, que encuentra inspiración en el modelo instaurado en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 26.4 CEDH[897])[898].

En tercer lugar, sin negar que, desde un punto de vista teórico, el Derecho Internacional público pueda aplicarse subsidiariamente en el ámbito de las relaciones entre el Derecho doméstico y el Derecho europeo, el mismo no ofrece soluciones inmediatas y precisas a estos problemas[899]. Es por ello que, en línea con la propuesta de Schmid, sería necesario aprobar un reforma de los Tratados para poder concretar el órgano, el procedimiento y los efectos de las decisiones adoptadas por el mismo[900]. Ciertamente, abrir una nueva reforma de los Tratados es siempre una posibilidad, aunque comporta una enorme complejidad, no existen visos de que ello vaya a suceder en el futuro más cercano, ni mucho menos que fuera a alcanzarse un acuerdo en este sentido.

En suma, el establecimiento de una tercera instancia para la resolución de conflictos judiciales de naturaleza constitucional, y en especial relativos a la identidad nacional, no nos parece que sea el modo óptimo de articular estos enfrentamientos. Cualquiera de los anteriores planteamientos exige que tanto el Tribunal de Justicia como los Tribunales Constitucionales nacionales accedan a renunciar a su condición de autoridad máxima para tener la última palabra en el espacio judicial europeo en favor de un órgano de nueva creación. Implementar cualquiera de los tres modelos previamente analizados comportaría necesariamente cuestionar las dos narrativas judiciales predominantes sin que existan evidencias en ninguna de ellas que reflejen una predisposición a su aceptación. En consecuencia, estas alternativas teóricas resultan sumamente improbables desde el punto de vista de su realización en la práctica, por confeccionarse como planteamientos que podríamos calificar de ideales. En todo caso, no negamos que presentan la bondad de establecer un escenario de relativa igualdad entre ambas autoridades judiciales por medio del sometimiento de las mismas a un tercer poder al que se le presume una mayor imparcialidad.

A nuestro modo de ver, sería preferible mantener de la arquitectura judicial existente y reconocer al Tribunal de Justicia como la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de este tipo de conflictos sistémicos de acuerdo con lo dispuesto en el

---

[897] Artículo 26.4 CEDH: «El juez elegido a título de una Alta Parte Contratante en el litigio será miembro de pleno derecho de la respectiva Sala y de la Gran Sala; en su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, actuará en calidad de juez una persona designada por el Presidente del Tribunal de una lista presentada previamente por esa Parte». De igual modo, el artículo 28.6 CEDH contiene unas prevenciones similares en el seno del Comité.

[898] Con carácter general, sobre la participación del juez nacional ante el TEDH, *vid*. TULKENS, FRANÇOISE, «Brèves réflexions sur le juge national», *La conscience des droits. Mélanges en honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, París, 2011.

[899] *Vid*. WITTE, BRUNO DE, «International Law as a Tool for European Union Law», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, vol. 2, 2009; KLABBERS, JAN, «Straddling the Fence. The EU and International Law», en CHALMERS, DAMIAN y ARNULL, ANTHONY (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

[900] SCHMID, CHRISTOPH, «From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law», *op.cit.*, p. 44.

artículo 19.1, párrafo primero, TUE. Así considerado, pudiera parecer un planteamiento menos ambicioso, pero creemos que es no solo más adecuado sino también más realista. De todos modos, estas controversias se sustanciarán en un marco de estrecha cooperación judicial entre las máximas autoridades judiciales europeas, asumiendo los Tribunales Constitucionales el papel de interlocutor privilegiado en calidad de representante y defensor de los intereses jurídicos constitucionales. Este contexto de interacción judicial es deudor de la concepción de la identidad nacional como una categoría jurídica compuesta en la que solo con la intermediación de la jurisdicción constitucional será posible determinar el sentido y el alcance de esa noción en los ordenamientos nacionales. Con estos presupuestos de partida, nos proponemos enmarcar este tipo de desencuentros judiciales en un escenario de coordinación donde jugará un papel imprescindible el tantas veces aludido diálogo judicial.

3. Modelo de cooperación judicial dialéctico

3.1. Diálogo judicial: noción y caracterización general

El diálogo judicial es un método para la resolución de conflictos que ha gozado de un extraordinario éxito en los últimos años[901], formando ya parte del léxico habitual entre la doctrina científica[902], aunque también entre los órganos jurisdiccionales ubicados en el vértice de la pirámide judicial[903], que son los principales actores llamados a protagonizar tales conversaciones[904]. Se ha señalado acertadamente que la amplia

[901] Se suele considerar que este término fue acuñado por Slaughter a mediados de los años noventa del siglo pasado, habiendo disfrutado de una notoriedad abrumadora desde entonces. *Vid.* SLAUGHTER, ANNE-MARIE, «A Tipology of Transjudicial Communication», *University of Richmond Law Review*, núm. 29, vol. 1, 1994. Sin embargo, entre la doctrina francesa la paternidad del mismo ha sido atribuida a Bruno Genevois, que lo pronunció con ocasión de sus conclusiones ante el Consejo de Estado francés en el asunto Ministère de l'interieur c. Cohn-Bendit en 1978. En concreto, se expresó en los siguientes términos: «A nivel de la Unión Europea, no debe haber ni gobierno de jueces ni guerra de jueces; debe haber lugar para un diálogo de jueces». *Vid*. Conclusiones del *Commissaire du gouvernement* Bruno Genevois de 6 de diciembre de 1978, Consejo de Estado, Ministère de l'interieur c. Cohn-Bendit, núm. 11604. Traducción propia; *Vid*. AA.VV., *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, París, 2009.

[902] Siendo ese el término más difundido («diálogo judicial»), también comparecen otras denominaciones tales como, entre otras, «conversación», «comunicación» o «discusión». Respecto al debate terminológico, *vid.* CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE, «Introduction: On Constitutional Conversations», en CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional conversations in Europe: Actors, topics and procedure*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 3-5.

[903] Contamos con varios ejemplos en los que parece que incluso los Altos Tribunales europeos han asumido como propio este vocablo. Desde el punto de vista de la jurisdicción supranacional, *vid.* STJCE de 16 de diciembre de 2008, Cartesio, C-210/06, apartado 91; STJUE de 21 de julio de 2011, Kelly, C-104/10, apartado 63. Por otro lado, desde la óptica de la jurisdicción constitucional, *vid*., por todos, DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FFJJ 3 y 6.

[904] En todo caso, no faltan tampoco en este debate voces disidentes que critican la propia idea de diálogo judicial y, asimismo, dudan que el mismo sea posible entre órganos judiciales. *Vid.* WITTE, BRUNO DE, «The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe: The Semi-Permanent Treaty Revision

difusión de este fenómeno jurídico se ha debido, entre otras circunstancias, a la explosión de las tecnologías de la información y de la comunicación, a la consolidación del inglés como *lingua franca*, a la programación de visitas o encuentros bilaterales entre magistrados de los Altos Tribunales, así como al desarrollo y a la facilidad de acceso a bases de datos jurisprudenciales relativas a Tribunales de todo el mundo, los cuales incluso han favorecido la traducción de sus decisiones más relevantes[905].

Uno de los principales riesgos derivados de su creciente empleo por parte de la comunidad jurídica es el de la gran indeterminación que rodea a esta noción[906]. Se han incluido dentro de la misma una gran variedad de manifestaciones entre las cuales suelen incluirse «el intercambio de ideas en las esferas judiciales, las interacciones entre Tribunales nacionales e internacionales y las referencias a argumentos o sentencias dictadas por órganos judiciales pertenecientes a otros ordenamientos»[907]. Considerado en un sentido tan amplio, parecen más bien meros usos del no tan novedoso Derecho comparado -aunque ciertamente escaso hasta fechas muy recientes[908]- como parte del razonamiento de los jueces[909]. En estas circunstancias, optamos por una concepción más restringida de diálogo judicial considerándolo como:

> «un procedimiento de prevención y solución de conflictos que en última instancia son de naturaleza competencial (pues discuten a quién corresponde la última decisión en una materia o cuestión conflictiva) en virtud del cual las máximas instancias jurisdiccionales de cada uno de los ordenamientos jurídicos implicados tienen la obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal para aplicar el propio Derecho con vistas a generar decisiones no contradictorias»[910].

Entendido en estos términos, el diálogo judicial encuentra en el marco de la integración europea un ámbito particularmente propicio donde florecer. Esto es debido a

---

Process», en BEAUMONT, PAUL, LYONS, CAROLE y WALKER, NEIL (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, Oxford, 2002.

[905] HIRSHL, RAN, «Editorial», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 11, vol. 1, 2013, p.11.

[906] En palabras de Ferreres, la idea de diálogo tiene que ser «precisada, para que no se convierta en una idea vacía compatible con las más variadas prácticas judiciales». FERRERES COMELLA, VÍCTOR, «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ZELAIA, MAITE (coords.), *Integración europea y Poder judicial*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñate, 2005, p. 232. Insistiendo sobre la idea de ambigüedad e imprecisión de esa noción, *vid.* CASSESE, SABINO, *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donizelli, Roma, 2009.

[907] ZOETHOUT, CARLA, «On the Different Meanings of "Judicial Dialogue"», *European Constitutional Law Review*, núm. 10, vol. 1, 2014, p. 175.

[908] En un sentido opuesto al parecer mayoritario de la doctrina, Bobek apunta que, con la salvedad del ámbito del Derecho constitucional y de los derechos fundamentales, siguen siendo aún cuantitativamente muy escasas las referencias a fuentes normativas o jurisprudenciales externas. *Vid.* BOBEK, MICHAL, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

[909] VERGOTTINI, GIUSEPPE DE, *Más allá del diálogo entre Tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 32-35.

[910] BUSTOS GIBERT, RAFAEL, «La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo», en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ (dir.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 50-51.

que la Unión cuenta con una arquitectura judicial compuesta donde las interacciones entre órganos judiciales pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos forman parte de su funcionamiento ordinario. En particular, un diálogo especialmente fructífero puede prosperar en el espacio jurídico europeo para aquellos que lo concebimos con arreglo al paradigma del pluralismo constitucional. Esto se debe a que esta teoría se asienta en unas premisas que van a promover mayores intercambios, a saber: el cuestionamiento tanto de la existencia de una planta judicial en la que un solo órgano jurisdiccional ocupe la posición de superioridad como el carácter final e inapelable de sus resoluciones[911]. Una situación muy distinta, y con la que no debe ser confundida, es aquella en la que los tribunales inferiores interactúan con los tribunales superiores -estén integrados o no dentro del mismo sistema jurídico- de conformidad con un conjunto reglado y preestablecido de recursos donde estos últimos gozan de la condición de autoridad última y sus decisiones son definitivas[912]. En tales casos sería más apropiado hablar, en un sentido estricto, de monólogo judicial porque el conflicto se dilucida de acuerdo con el parámetro tradicional de una ordenación jerárquica de los órganos judiciales.

3.2. Requisitos generales del diálogo judicial

El diálogo judicial se presenta como un sugerente mecanismo de resolución de conflictos, pero al mismo tiempo puede contribuir a reforzar la legitimidad de las resoluciones judiciales adoptadas por el Tribunal de Justicia, en especial cuando aborda cuestiones de índole constitucional[913]. En términos generales, el debate sobre la legitimidad de los órganos que cierran la organización judicial nos remite al estudio del método utilizado en la construcción de la decisión judicial y de la relación de la jurisdicción con los restantes poderes constitucionales[914], lo que en nuestro análisis se va a traducir en el examen del procedimiento del diálogo judicial entre las altas instancias jurisdiccionales europeas. En este sentido, se ha afirmado que un diálogo capaz de fortalecer la legitimidad de la actividad del Tribunal de Justicia ha de cumplir con una serie de requisitos: contradicción de opiniones, bases axiológicas y normativas comunes, ausencia de autoridad última, reconocimiento y respeto mutuo, igualdad de oportunidades para participar y deliberación pública de carácter diacrónico[915]. A continuación, conviene

---

[911] CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE, «Introduction: On Constitutional Conversations», *op.cit.*, p. 3.

[912] En defensa de esta concepción amplia de diálogo, *vid*. XIOL RÍOS, JUAN A., «El diálogo entre Tribunales», *Revista del Poder Judicial*, núm. 90, 2011.

[913] POIARES MADURO, MIGUEL, «Las Formas del Poder Constitucional en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 30-31; WALKER, NEIL, «Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe», en BÚRCA, GRÁINNE DE y SCOTT, JOANNE (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, pp. 26-29.

[914] AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *op.cit.*, p. 413.

[915] TORRES PÉREZ, AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, *op.cit.*, pp. 118-130.

examinar cada uno de esos cinco condicionantes indispensables que hacen posible que pueda desarrollarse un auténtico diálogo en el espacio judicial europeo.

En primer lugar, para que pueda entablarse un verdadero diálogo judicial es preciso partir de una situación de contraposición de pareceres entre los diferentes órganos judiciales intervinientes en la disputa. En caso contrario, en ausencia de dicha contradicción de opiniones, el asunto puede ser resuelto de manera pacífica como consecuencia de una mera aplicación de la norma del Derecho de la Unión. Esta es una premisa que debe ser interpretada como una oportunidad para que autoridades judiciales integradas en diferentes ordenamientos e insertas en distintas culturas jurídicas puedan compartir información y trasladar las repercusiones normativas nacionales que plantea una concreta controversia jurídica.

En segundo lugar, todos los sistemas jurídicos que participen de estos intercambios judiciales deben formar parte de una comunidad política que repose sobre unos principios comunes. Sin ocultar una diversidad de naturaleza histórica, social y económica inherente a una vasta colectividad en la que se integran veintisiete Estados e incorpora más de cuatrocientos millones de personas, debe reconocerse que todos los Estados que lo integran comparte un sustrato jurídico fundamental, que ha sido consagrando en los Tratados en la forma de valores comunes (artículo 2 TUE). En tales circunstancias, surge la duda de si tal presupuesto habilitante para que pueda prosperar un verdadero diálogo judicial puede concurrir en un marco jurídico distinto al europeo. A este respecto, pueden ponerse como ejemplo donde dicho condicionante es plenamente realizable el caso de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos debido al carácter universalizable de esta categoría jurídica, pudiendo así citarse más concretamente los casos del sistema del CEDH y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En tercer lugar, considerado que ni el Tribunal de Justicia ni los Tribunales Constitucionales nacionales se sitúan en una posición de superioridad respecto del otro, esto va a generar un incentivo a la cooperación. En todo caso, parece tratarse solo de una situación de relativo equilibrio que es susceptible de inclinarse en favor de uno u otro órgano jurisdiccional según atendamos a unas u otras circunstancias. Por un lado, atribuir al Tribunal de Luxemburgo los conflictos sobre la identidad nacional puede llevar a interpretar precipitadamente que esta relación judicial puede desequilibrarse en beneficio del Tribunal europeo, en la medida en que este órgano jurisdiccional es el que, a fin de cuentas, pone término a la contienda judicial. Por otra parte, y examinado con mayor perspectiva, es posible llegar a la conclusión contraria si tenemos presente que el mismo no disfruta de medios coercitivos para asegurar el cumplimiento de sus decisiones judiciales (artículos 280 y 299 TFUE) y, en consecuencia, necesita de la colaboración de los Tribunales nacionales para asegurar la correcta interpretación, aplicación y control del Derecho de la Unión. Esta constatación es afirmada de manera recurrente en la literatura

especializada, que suele referirse a la misma como un «poder de veto»[916] de los Tribunales nacionales[917]. Este desequilibrio de fuerzas puede resultar si cabe más acentuado si consideramos que los Tribunales Constitucionales siempre pueden acudir como recurso último a la inaplicación del acto o norma del Derecho de la Unión en virtud de la doctrina de la *controlimiti*, aunque, en todo caso, debe de ser considerada como una medida extrema y desestabilizadora que debe ser prevenida. En estas circunstancias, la posición del Tribunal de Justicia puede verse gravemente comprometida, lo que puede favorecer una tendencia a una mayor acomodación de las reivindicaciones nacionales[918].

En cuarto lugar, para que exista un genuino diálogo entre los diferentes participantes judiciales, es preciso que los mismos partan de una posición de reconocimiento mutuo. Con ello queremos decir que cada una de las autoridades judiciales en conflicto acepta que concurren dos atributos en la posición de su interlocutor: una aspiración legítima a decidir la cuestión en aplicación del ordenamiento jurídico propio o compartido entre ambos (*vindicatio potestatis*) y un suficiente grado de prestigio derivado de su posición institucional y del ejercicio de su función jurisdiccional (*auctoritas*)[919]. A partir de esta idea se ha explicado que el Tribunal de Justicia dialogue de manera diferente con unos u otros Tribunales Constitucionales -como puede ser el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán y del Tribunal Constitucional español- porque, aun compartiendo ambos una cuestionable legitimidad para entablar una conversación de estas características, no todos gozan de la misma autoridad[920].

En quinto lugar, un rasgo indispensable de una comunicación judicial es que se conceda a los participantes la posibilidad de intervenir a los efectos de que los mismos puedan incorporar sus propios argumentos a la conversación y pueden igualmente confrontar los previamente expuestos. Se concede así una extraordinaria oportunidad para que cada uno de los actores judiciales pueda poner de relieve las posibles implicaciones que un determinado conflicto puede comportar para su ordenamiento nacional, de modo que el órgano juzgador pueda antes de resolver contar con información suficiente y precisa sobre la incidencia de la sentencia en determinados particularismos jurídicos nacionales. Una vez más, la cuestión prejudicial se erige como el mecanismo por excelencia para facilitar los intercambios de información y de interpretación entre muy diferentes interesados, y no solo entre los Tribunales nacionales (ya sean ordinarios, ya sean constitucionales) y el Tribunal de Justicia. El Derecho de la Unión ha regulado esta

---

[916] CHALMERS, DAMIAN, «Judicial Preferences and the Community Legal Order», *The Modern Law Review*, núm. 60, 1997, p. 180.

[917] En términos igualmente gráficos se ha expresado otra parte de la doctrina, ha afirmado que los Tribunales nacionales son los *Herren der Verfahrens* o los señores del procedimiento en el sentido de que, vista la ausencia de poderes coercitivos en manos del Tribunal de Justicia para implementar la sentencia en caso de incumplimiento de la misma, corresponde a aquellos aplicar el fallo dictado desde la jurisdicción europea. SARMIENTO, DANIEL, «The Silent Lamb and the Deaf Wolves. Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU Law», *op.cit.*, p. 308.

[918] *Ibidem*.

[919] BUSTOS GISBERT, RAFAEL, «La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo», *op.cit.*, pp. 54-55.

[920] *Ibid.*, p. 55.

acción judicial dotándola de una particular flexibilidad por lo que se refiere a la participación de los distintos interesados en el debate procesal, permitiendo que puedan ser oídos en el mismos los particulares, las instituciones europeas y los gobiernos nacionales. A nuestro modo de ver, la regulación de la participación de los interesados en un proceso judicial en el que se dirima la posible violación de la identidad nacional de un Estado miembro es uno de los ámbitos en los que se ofrecen más oportunidades para idear fórmulas para concitar posibles acuerdos entre las partes confrontadas.

En sexto y último lugar, el diálogo judicial se desenvuelve a través de sucesivas intervenciones en el tiempo. Expresado en sentido negativo, este no se inicia y finaliza en un solo debate procesal en el marco de un concreto litigio. Del mismo modo, tampoco llega a su fin necesariamente con la participación de los Tribunales nacionales y del Tribunal de Justicia en el estricto contexto de una sola cuestión prejudicial. Esto es particularmente cierto para el caso de que las cuestiones debatidas tengan por objeto discusiones de naturaleza constitucional en las que las mismas pueden dilatarse en ocasiones durante años en la forma de sagas judiciales, algunas de las cuales han contribuido notoriamente a la construcción del espacio constitucional común. Buen ejemplo de tales series de decisiones encadenadas a lo largo de varios años son las conocidas sagas Solange o Taricco.

A modo de reflexión final, desde nuestra perspectiva, el modo de estructurar las relaciones entre ambas esferas judiciales se cimenta en un recíproco cuestionamiento de la condición de autoridad que ostenta la última palabra en el espacio judicial europeo, que no aspiramos a superar. Esas diferencias pueden y deben canalizarse por medio de una colaboración a través de un diálogo judicial basado en las premisas de un reconocimiento mutuo, una cooperación sincera y una elaborada justificación argumental. Las inevitables divergencias entre los órganos judiciales nacionales y supranacionales en relación a cuestiones sistémicas de naturaleza constitucional son consustanciales a este modelo teórico; es más, deben ser entendidas como un «precio aceptable» que hay que pagar en el marco de una estructura constitucional heterárquica, que se acomoda mejor a la realidad jurídica europea[921]. En este sentido, los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia pueden ser concebidos como piezas complementarias de un orden judicial europeo compuesto (*Verfassungsgerichtsverbund*)[922] en un debate nunca definitivamente concluso, pero que ofrece una suficiente estabilidad. Es así como la respuesta al interrogante que subyace a todo este epígrafe se resuelve de una manera relativamente compleja en el sentido de que no se reconoce una autoridad última ni a las Cortes Constitucionales ni al Tribunal de Luxemburgo, sino que corresponde a este último enjuiciar estos conflictos sobre la identidad nacional con fundamento en el artículo 19.1 TUE, si bien en un contexto judicial de cooperación en el que ambas partes contribuirán decisivamente a la resolución final.

---

[921] VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1449.
[922] VOSSKUHLE, ANDREAS, «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund», *op.cit.*, p. 184.

Para terminar, cabe recordar en este punto las palabras de Cappeletti cuando afirmó que «a diferencia del Tribunal Supremo americano y de los Tribunales Constitucionales europeos, el Tribunal de Justicia apenas tiene poderes que no deriven de su propio prestigio y de su fuerza intelectual y moral»[923]. Por ello, es particularmente apremiante y adecuado un esquema de resolución de conflictos que abandone planteamientos unilaterales y coercitivos, y opte por uno alternativo, que se rija por un principio de colaboración mutua y que se sirva preferiblemente de los cauces de interacción preexistentes. Sin minusvalorar su interés doctrinal, somos escépticos respecto del posible recorrido de aquellos debates dirigidos a concretar posibles reformas institucionales y procesales de gran calado. Difícilmente se van a poder alcanzar consensos a este respecto consideradas las divergencias conceptuales sobre las que se construyen las respectivas aproximaciones judiciales en los ordenamientos nacionales y europeo por mucho que puedan flexibilizarse sus posiciones sobre este punto, siendo preferible explorar y explotar todas las potenciales que ofrece el actual marco jurídico.

III. Procedimiento del diálogo judicial en conflictos relativos a la identidad nacional

Para que pueda prosperar un genuino diálogo judicial, es preciso que concurran una serie de requisitos que acaban de ser apenas esbozados. Gracias a los mismos, contamos con las piezas necesarias a partir de las cuales podemos reconstruir cómo se desarrolla típicamente este mecanismo de solución de conflictos desde un punto de vista procedimental. Dicho de otro modo, enunciaremos los sucesivos pasos que transcurren desde que se inicia un procedimiento de estas características hasta el difuso punto de llegada, así como los resultados que pueden esperarse de este tipo de intercambios entre diversas autoridades judiciales. Conviene en este punto superar el análisis genérico que ha predominado hasta el momento para concentrarnos particularmente en la aplicación de la teoría general sobre el diálogo judicial al marco específico de los conflictos sobre la identidad nacional, sumando algunas propuestas concretas que pueden contribuir a mejorar estos concretos intercambios dialécticos.

1. Cauce preferente para el diálogo judicial: la cuestión prejudicial

En una primera aproximación de carácter general, estas conversaciones judiciales se inician por medio de lo que se denomina como una *triggering decision*, esto es, una decisión judicial que pone en cuestión una situación de equilibrio preexistente entre los

[923] CAPPELLETTI, MAURO y GOLAY, DAVID, «The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration», en CAPPELETI, MAURO, SECCOMBE, MONICA y WEILER, JOSEPH H.H. (eds.), *Integration through law: Europe and the American federal experience* (vol. 1, libro 2), De Gruyter, Nueva York, 1986, p. 333.

diferentes actores judiciales en conflicto[924]. Esta ruptura de una previa situación de armonía induce a todos los interesados -que serán principalmente autoridades judiciales, aunque puede también incitar a la acción a otro tipo de actores[925]- a proponer soluciones alternativas hasta alcanzar una nueva situación de estabilidad que sea aceptable o asumible por todas las partes. Esta interlocución entre las diferentes autoridades nacionales y supranacionales es susceptible de canalizarse por medio de cualquier tipo de acción procesal, si bien, tal y como ha sido afirmado de manera reiterada y examinaremos seguidamente con más detalle, la cuestión prejudicial es el mecanismo judicial por excelencia para el pleno desenvolvimiento de la técnica del diálogo judicial[926]. Desde el prisma de la praxis judicial, la jurisprudencia sobre la identidad nacional ha revelado igualmente que en la mayoría de los casos este ha sido el cauce procesal más recurrente, aunque también es cierto que el mismo es, con mucha diferencia, el instrumento procesal más comúnmente utilizado para activar la jurisdicción del Tribunal de Justicia[927].

Desde el punto de vista del fundamento jurídico para iniciar este tipo de acciones procesales, es oportuno señalar que la doctrina ha interpretado que el principio general de cooperación leal (artículo 4.3 TUE[928]) admite una aplicación específica para el caso de los conflictos sistémicos sobre la identidad nacional[929]. En este sentido, y más allá de la existencia de un deber genérico y recíproco que incumbe a los Estados miembros y a la Unión en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión -entre las cuales se encuentra la de respetar la identidad nacional de los Estados miembros-, Von Bogdandy y Schill sostienen más concretamente que dicho principio puede ser entendido como una base jurídica para coordinar la jurisprudencia entre tales órganos

---

[924] Respecto de la elaboración doctrinal sobre el procedimiento típico de una situación de diálogo judicial, *vid*. BUSTOS GISBERT, RAFAEL, «La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo», *op.cit.*, pp. 53-54.

[925] FONTANELLI, FILIPPO, MARTINICO, GIUSEPPE y CARROZZA, PAOLO, «Introduction», en FONTANELLI, FEDERICO, MARTINICO, GIUSEPPE y CARROZA, PAOLO, *Shaping the Rule of Law through Dialogue*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, pp. 23-24.

[926] En este mismo sentido, Millet ha compartido la apreciación de que la cuestión prejudicial es la acción procesal idónea para abordar los conflictos relativos a la identidad nacional. Dicho esto, añade que, desde un punto de vista teórico, no puede descartarse que estas controversias puedan ser igualmente encauzadas por medio de un recurso de anulación o de un recurso de incumplimiento. MILLET, FRANÇOIS-XAVIER, «Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de Justice», *Quaderni costituzionali*, vol. 4, 2018, pp. 838-839.

[927] De acuerdo con el Informe anual del Tribunal de Justicia del año 2019 (última versión disponible), la cuestión prejudicial constituyó la acción procesal más utilizada en el último lustro (2015-2019) para iniciar un procedimiento ante ese órgano judicial, representando más de dos tercios del total (66,35%). Informe del Tribunal de Justicia del año 2019, Informe de Actividad Judicial, p. 166 (https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-08/ra_2018_es_cover_web.pdf).

[928] Artículo 4.3 TUE: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.
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.
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».

[929] *Vid*. KLAMERT, MARCUS, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

jurisdiccionales en esta materia y para implementar estrategias de prevención de este tipo de conflictos[930].

Con todo, debe advertirse que esta posición doctrinal no ha encontrado por el momento un respaldo por parte de la jurisprudencia europea, que no se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de aquel precepto para este tipo de controversias. Por el contrario, contamos con precedentes en la jurisprudencia emanada de los Tribunales Constitucionales nacionales en los que se ha hecho referencia expresa a esa disposición a la hora de interpretar una obligación de estos órganos judiciales a entrar en comunicación con el Tribunal de Justicia para el caso de conflictos sobre la identidad nacional, exigiéndoles incluso el planteamiento de una cuestión prejudicial[931]. En definitiva, se puede convenir que, existiendo múltiples acciones procesales para iniciar un diálogo entre Tribunales, la cuestión prejudicial se presenta como un instrumento singularmente apto para ello -sin que quepa excluir los restantes-, encontrando en ocasiones fundamento para activar este mecanismo en el propio Derecho nacional y, en especial, en el Derecho supranacional al amparo del referido deber de cooperación leal.

2. Incoación del procedimiento

El diseño original y sumamente flexible de la cuestión prejudicial presenta incuestionables virtudes que hacen del mismo el instrumento idóneo para permitir un fructífero diálogo judicial entre jurisdicciones ubicadas en diferentes ordenamientos. Entre tales ventajas, destacan aquellas correspondientes al momento procesal de la iniciación de esta acción procesal dirigidas a facilitar su interposición y su admisión ante el Tribunal de Justicia. Además, conviene poner de relieve otras, que vienen a configurarla como un instrumento especialmente moldeable a los intereses de los actores judiciales. Ciertamente, estas son características generales de este mecanismo judicial, aunque siendo el cauce preferente para iniciar una disputa sobre la identidad nacional, no

[930] VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, pp. 1447-1448. Otros autores han apuntado igualmente la aplicabilidad de este principio en el marco de los conflictos sobre la identidad nacional, si bien han hecho una alusión genérica al mismo sin entrar en las implicaciones específicas de su puesta en práctica en este tipo de controversias. KONSTADINIDES, THEODORE, «Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlements», *op.cit.*, p. 204; VAN DER SCHYFF, GERHARD, «The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU», *op.cit.*, p. 581.

[931] En este sentido, se expresa con particular claridad la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán cuando exige elevar una cuestión prejudicial con carácter previo a una declaración unilateral de inaplicación del Derecho de la Unión por vulneración de la identidad nacional. Más concretamente, el *Bundesverfassungsgericht* afirma que este ejercicio de control debe llevarse a cabo de conformidad con el principio de apertura al Derecho europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*), que «no contradice el principio de la cooperación leal (art. 4.3 TUE)» y «sólo así pueden garantizarse, en el marco del continuo proceso de integración, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos que reconoce el art. 4.2, frase 1, TUE». STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BvE 2008, apartado 40.

está de más subrayar y justificar brevemente su idoneidad para canalizar este tipo de controversias, así como señalar sus peculiaridades en esta materia.

En primer lugar, esta acción judicial puede ser iniciada en cualquier momento del procedimiento -ya sea en la fase de instancia, ya sea en la fase de recurso[932]- y por cualquier juzgado o tribunal[933] -incluso por aquellos órganos nacionales que no son estrictamente jurisdiccionales[934]-. Corresponde únicamente a los Tribunales nacionales la potestad de elevar esta cuestión incidental europea, tanto de oficio como a instancia de parte, sin que en ningún caso vincule al órgano juzgador ni un acuerdo entre las partes reclamando su planteamiento ni una petición de las mismas en sentido contrario[935]. De igual modo, no está de más recordar que la mera facultad se transforma incluso en una obligación para aquellos órganos judiciales frente a los cuales no quepa ulterior recurso de Derecho interno (artículo 267.3 TFUE)[936].

En segundo lugar, esta vía de acceso al Tribunal de Justicia ha sido considerablemente reforzada a efectos de evitar que diversas vicisitudes jurídicas de orden nacional puedan comportar un obstáculo que dificulte acudir a la jurisdicción europea. Entre otras circunstancias que no impiden la elevación de una cuestión prejudicial, merecen destacarse al menos las siguientes: normas procesales nacionales que

---

[932] STJUE de 22 de junio de 2010, Melki Abdeli, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, apartado 57.

[933] Millet establece una distinción respecto de la articulación procesal de posibles vulneraciones de la identidad nacional cuando la misma sea apreciada por los Tribunales ordinarios, diferenciando según se trate de Tribunales de primera o de última instancia. En el primer caso, y siempre que la legislación procesal nacional lo permita, sugiere la pertinencia de remitir el asunto a la jurisdicción constitucional antes de acudir al Tribunal de Justicia en tanto que considera a los Tribunales Constitucionales nacionales como el "juez natural" de la identidad nacional. En el segundo caso, expresa mayores dudas sobre la oportunidad de interpelar en un primer momento a las Cortes Constitucionales debido a las posibles contradicciones de este modo de proceder con una consolidada jurisprudencia sobre el efecto directo del Derecho de la Unión. MILLET, FRANÇOIS-XAVIER, «Plaider l'identité constitutionnel de l'État devant la Cour de justice», *op.cit.*, pp. 840-841.

[934] Existe una consolidada jurisprudencia conocida como Vaasen-Göbbels elaborada a manos del Tribunal de Justicia en la que ha interpretado en términos muy amplios qué se entiende por órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 TFUE. *Vid.* STJCE de 30 de junio de 1966, Vaasen-Göbbles, 61/65. Sin entrar en mayores detalles, deben reunirse cinco requisitos: creación por ley, permanencia e independencia, garantía del principio de contradicción, jurisdicción obligatoria y aplicación de normas. Para un estudio en profundidad sobre la construcción y jurisprudencia más reciente de esa noción autónoma del Derecho de la Unión («órgano jurisdiccional») en el sentido del precepto mencionado, *vid.* BROBERG, MORTEN Y FENGER, NIELS, *Preliminary References to the European Court of Justice*, *op.cit.*, pp. 60-106.

[935] STJCE de 22 de noviembre de 1978, Mattheus, 93/78, apartados 4-6.

[936] Se plantean aquí dos posibles dudas sobre el tenor literal del tercer párrafo del artículo 267 TFUE, a saber: cuáles son los órganos judiciales de última instancia y qué recursos agotan la jurisdicción nacional. Por un lado, el debate sobre si tales Tribunales son aquellos que ponen fin a la jerarquía judicial nacional (teoría del órgano o abstracta) o aquellos que conocen del caso en última instancia (teoría del litigio o concreta) parece haberse saldado en favor de estos últimos desde el asunto Lyckeskog. *Vid.* STJCE de 4 de junio de 2002, Lyckeskog, C-99/00, apartado 15; Sobre esta discusión doctrinal, *vid.* ALONSO GARCÍA, RICARDO, *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 226-228. Por otro lado, la consideración de qué recurso ponen fin a la jurisdicción nacional, la jurisprudencia europea ha dejado esta cuestión en manos del Derecho doméstico, sin perjuicio de admitir la cuestión prejudicial cuando la decisión judicial sea únicamente susceptible de ser recurrida en un procedimiento por motivos excepcionales y tasados. *Vid.* STJUE de 15 de enero de 2013, Križan, C-416/10, apartado 72.

dicten que un Tribunal inferior está sometido a las resoluciones de un Tribunal nacional superior[937], recursos dictados por un Tribunal superior que afecte a la propia decisión de elevar una cuestión prejudicial[938] -incluso aunque se trate de resoluciones judiciales dictadas por un Tribunal Constitucional[939]- o el planteamiento previo o simultáneo de recursos de carácter prioritario dirigidos a examinar la conformidad de una norma con el Derecho Constitucional[940].

En tercer lugar, las prejudiciales europeas gozan de una presunción de relevancia, existiendo una consolidada jurisprudencia de acuerdo con la cual la misma solo podrá ser inadmitida cuando concurran una serie de supuestos tasados e interpretados en un sentido estricto: cuando sea evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación con el objeto del litigio[941], cuando el problema sea hipotético[942] o cuando el Tribunal no haya sido provisto con la información fáctica o jurídica necesaria para poder ofrecer una respuesta a la duda o dudas remitidas[943].

En cuarto lugar y último lugar, el Tribunal de Justicia solo tiene competencia para interpretar el Derecho de la Unión, correspondiendo a las jurisdicciones nacionales la labor de interpretación del Derecho nacional y la de la aplicación de ambos Derechos.

Este último punto presenta un particular interés por lo que se refiere a las controversias relativas a la identidad nacional. Asumida esta distribución formal de tareas judiciales y, al mismo tiempo, que la delimitación del sentido y alcance de aquella categoría jurídica implica una interpretación del Derecho nacional, estas circunstancias justificarían una interacción entre la jurisdicción supranacional y la nacional. En efecto, existe una importante coincidencia en la doctrina en relación a la necesidad del Tribunal de Luxemburgo de servirse de la asistencia hermenéutica de las autoridades judiciales nacionales para esclarecer una noción que remite necesariamente al Derecho nacional[944]. Esta división de labores judiciales ha sido calificada por Claes como un «mecanismo espejo» por el que distintas autoridades judiciales asumen funciones complementarias en

---

[937] STJCE de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen, C-166/73, apartado 5; STJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, apartados 25-32.
[938] STJCE de 16 de diciembre de 2008, Cartesio, C-210/06, apartados 96-98. *Vid*. BROBERG, MORTEN Y FENGER, NIELS, «Preliminary Reference as a Right: But From Whom? The Extent to which Preliminary Reference Decisions can be Subject to Appeal», *European Law Review*, núm. 36, vol. 2, 2011.
[939] STJUE de 15 de enero de 2013, Križan, C-416/10, apartado 72.
[940] STJUE de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, asuntos acumulados C- 188/10 y C-189/10, apartado 57.
[941] *Vid*., por todas, STJCE de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, apartado 61.
[942] *Vid*., por todas, STJUE de 28 de marzo de 2017, Rosfnet, C-72/15, apartado 194.
[943] *Vid*., por todas, STJCE de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo, asuntos acumulados C-320/90 a C-322/90, apartado 6.
[944] BESSELINK, LEONARD F.M., «National and constitutional identity before and after Lisbon», *op.cit.*, pp. 44-45; VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1448; WENDEL, MATTIAS, «Lisbon before the Courts», *European Constitutional Law Review*, núm. 7, vol. 1, 2011, pp. 134-135.

el contexto de este tipo de conflictos[945]. En caso contrario, el TJUE se estaría extralimitando en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas en virtud del artículo 19.1 TUE; sin perjuicio, eso sí, de que el control judicial final sobre la admisión de ese argumento en el contexto de un litigio concreto corresponda al Tribunal de Justicia[946].

3. Participación de los representantes nacionales: el papel privilegiado de los Tribunales Constitucionales nacionales

Uno de los requisitos necesarios de todo diálogo judicial, como es la participación de los representantes de cada uno de los intereses contrapuestos en el conflicto, resulta especialmente apremiante en aquellos casos en los que el debate procesal gira en torno a la posible violación de la identidad nacional. Esto es debido a que, como acabamos de adelantar, esta categoría jurídica presenta un carácter controvertido respecto de su sentido y alcance, lo que permite explicar las dificultades del Tribunal supranacional para aprehender individualmente tales extremos. En estas circunstancias, es particularmente conveniente contar con la asistencia de agentes nacionales, que son aquellos que tienen un conocimiento más profundo de los ordenamientos nacionales, salvando así posibles críticas sobre la ilegitimidad de un pronunciamiento dictado por una autoridad ajena a los particularismos jurídicos constitucionales.

No debe perderse de vista que este tipo de enfrentamientos se desenvuelven en sede judicial, debiendo reflexionarse sobre cuál es el representante (o representantes) nacional idóneo para informar y defender los intereses de un Estado miembro en el marco de un proceso. No obstante, y en aras de la máxima rigurosidad, no debe descuidarse el hecho de que el Tribunal de Justicia no es completamente ajeno al Derecho Constitucional nacional, teniendo a su disposición diferentes medios internos a su disposición para conocer e interpretar las fuentes constitucionales nacionales, entre los cuales la intervención de los actores nacionales son solo uno de ellos. En este sentido, conviene al menos aludir a la labor encomendada a la denominada Dirección de Investigación y Documentación, que lleva a cabo una valiosísima actividad para informar y asistir al Tribunal de Justicia desde el punto de vista del Derecho comparado mediante el análisis de la normativa y jurisprudencia de los ordenamientos nacionales, así como la perspectiva nacional que pueden incorporar los jueces y abogados generales que pertenezcan al Estado miembros cuya identidad nacional pueda estar en juego[947].

---

[945] CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity Is It Anyway?», *op.cit.*, p. 221.

[946] En este punto, Wendel establece una clara distinción entre la determinación del «contenido» y su «relevancia normativa», *vid.*, WENDEL, MATTIAS, «Lisbon before the Courts», *op.cit.*, pp. 134-135.

[947] Debe precisarse que, si bien el Tribunal de Justicia cuenta con un juez por cada Estado miembro (artículo 19.1, párrafo primero, TUE), el número de Abogados generales es más reducido -once- (artículo 252, párrafo primero, TFUE y artículo 1 de la Decisión del Consejo de 25 de junio de 2013, 2013/336/EU) y, por tanto, no alcanza a haber uno por cada Estado. Con ello queremos poner de manifiesto que existen representantes nacionales entre los profesionales de máxima responsabilidad al servicio del Tribunal de

De entrada, la cuestión prejudicial se ha diseñado de una manera significativamente abierta a la participación de muy diversos interesados en el procedimiento que pueden potencialmente trasladar las implicaciones que una sentencia del Tribunal de Justicia puede tener para la identidad nacional, entre los que pueden señalarse los siguientes: los particulares, los Tribunales nacionales, los Gobiernos nacionales y los Tribunales Constitucionales[948]. Entre los mismos, los Tribunales Constitucionales pueden ser, siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina[949], los mejores candidatos para desempeñar esta labor de interlocución con el Tribunal de Justicia[950]. En defensa de esta proposición merece considerase que ambos comparten la condición de ser órganos jurisdiccionales, existen cauces procesales para articular estos intercambios y, por último pero no menos importante, son aquellos los máximos intérpretes del Derecho Constitucional. No obstante, es preciso compartir una serie de prevenciones que hacen que en la práctica este tipo de interacciones no estén exentas de dificultades significativas.

Luxemburgo que pueden ofrecer una perspectiva de los ordenamientos nacionales, aunque la situación puede variar en atención a uno u otro oficio y de un Estado a otro.

[948] Es cierto que la normativa procesal de la Unión reconoce igualmente la participación de otros sujetos como es el caso de las instituciones de la Unión y los Gobiernos nacionales de Estados miembros distintos a los de la nacionalidad de las personas físicas o jurídicas que son parte procesal en la disputa (arts. 23 y 40 Estatuto del Tribunal de Justicia). Sin embargo, en este punto se ha querido subrayar aquellos agentes nacionales que por su condición de tales pueden tener un mayor conocimiento e incentivo por salvaguardar la identidad nacional. Dicho esto, una característica notable de los procesos sobre la identidad nacional es el de una considerable participación en los mismos de los Gobiernos nacionales para poner de relieve su interés y su opinión sobre la cuestión que se está dilucidando.

[949] Conclusiones del AG M. Poiares Maduro, de 20 de septiembre de 2005, Marrosu y Sardino, C-53/04, apartado 40: «Sin duda, debe reconocerse a las autoridades nacionales y, en particular, a los órganos jurisdiccionales constitucionales, la responsabilidad de definir la naturaleza de las particularidades nacionales que pueden justificar tal diferencia de trato. En efecto, ellas son las mejor situadas para definir la identidad constitucional de los Estados miembros que la Unión Europea se ha dado como misión respetar». Entre la doctrina, sosteniendo esta misma posición, *vid.* CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway», *op.cit.*, p. 205; KONSTADINIDES, THEODORE, «Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlements», *op.cit.*, p. 206; VAN DER SCHYFF, GERHARD, «The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU», *op.cit.*, p. 572; VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1448-1449.

[950] No solo la doctrina ha apuntado que debe corresponder a los Tribunales Constitucionales nacionales la labor de determinar el sentido y el alcance de la correspondiente identidad nacional, sino que, en algunos casos, la propia jurisdicción constitucional se ha pronunciado expresamente en este sentido. ATCI de 23 de noviembre de 2016, Taricco, 24/2017, apartado 6: "Naturalmente, el Tribunal de Justicia no está exento de la tarea de definir el ámbito del Derecho de la Unión y no puede ser cargado con la responsabilidad de determinar en detalle si es compatible con la identidad constitucional de cada Estado miembro. Es razonable esperar que, en los casos en que tal determinación no sea inmediatamente aparente, el Tribunal europeo establezca el sentido del Derecho de la Unión, dejando a las autoridades nacionales la determinación última en relación al cumplimiento de los principios supremos del orden nacional. Corresponde entonces a cada a cada sistema jurídico establecer qué órgano es el encargado de esta tarea. La Constitución de la República italiana encomienda esta tarea exclusivamente a este Tribunal, y los Tribunales de remisión hacen bien en encauzar el problema mediante el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad". Traducción propia.

3.1. Escasez de precedentes de comunicación directa entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia

La relación entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se considera cada vez más como un contexto particularmente idóneo para el desarrollo de constructivos diálogos judiciales, alejándose así de aproximaciones relativamente recientes que concebían esta relación en términos belicistas tales como de «guerra de jueces», «revuelta»[951] o «destrucción mutua asegurada»[952]. De este modo, se puede apreciar una considerable evolución en virtud de la cual las jurisdiccionales constitucionales se han ido progresivamente afirmando como actores principales en la escena europea en detrimento de la posición central que hasta entonces disfrutaban casi en exclusiva los Tribunales ordinarios. Este es el resultado de una apertura gradual de los Tribunales Constitucionales nacionales a fórmulas de comunicación formalizadas al tiempo que han disminuido, sin abandonarlas ni mucho menos completamente, las interacciones por medio de comunicaciones soterradas o *hidden dialogues*[953]. En este sentido, llama poderosamente la atención que en un conocido estudio de Rosas de hace apenas una década en el que elaboraba una clasificación del diálogo judicial en cinco tipos (verticales, semiverticales, horizontales, competitivos o superpuestos y relaciones especiales) no mencionara expresamente la relación entre estos dos órganos jurisdiccionales, lo que podría interpretarse como una prueba más de la ausencia de unos contactos suficientes entre los mismos hasta fechas recientes[954].

En este sentido, es ampliamente conocida, habiendo sido ya apuntada en más de una ocasión, la actitud tradicionalmente recelosa de los Tribunales Constitucionales nacionales a la hora de interponer la cuestión prejudicial. De todos modos, no se puede afirmar tampoco que con el paso de los años nos encontremos ante un escenario completamente inverso en el que la activación de la acción prejudicial europea se haya convertido en una vía ordinaria, asumiendo aún a día de hoy un rol significativo diversos canales de comunicación indirectos. A este respecto, si bien es cierto que un buen número de Tribunales Constitucionales nacionales han activado en alguna ocasión este mecanismo prejudicial, más de la mitad de ellos no han interpuesto esta acción incidental en ninguna ocasión, y, entre quienes ya han estrenado este instrumento procesal, no son pocos los Estados miembros que tan solo han hecho uso del mismo en una o dos

---

[951] ROSSA PHELAN, DIARMUID, *Revolt or Revolution? The Constitutional Boundaries of the European Community*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997.

[952] WEILER, JOSEPH H.H. y HALTERN, ULRICH, «The Autonomy of the Community Legal Order Through the Looking Glass», *op.cit.*, p. 445.

[953] *Vid*. MARTINICO, GIUSEPPE, «Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of "Hidden Dialogues"», *King's Law Journal*, núm. 21, 2010.

[954] Concretamente, sitúa las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales ordinarios como «relaciones especiales», si bien no hace una mención especial a los Tribunales Constitucionales. *Vid*. ROSAS, ALLAN, «The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue», *European Journal of Legal Studies*, núm. 1, vol. 2, 2007.

ocasiones[955]. A pesar de vislumbrarse ciertas dinámicas de cambios en los últimos años, nuestro balance de la situación actual es el de la persistencia de un cierto déficit de un diálogo judicial continuado y estable entre las máximas instancias jurisdiccionales de la Unión en el que tanto los Tribunales Constitucionales nacionales como el Tribunal de Justicia son mutuamente responsables.

No corresponde ahondar más en la idea de la tradicional actitud renuente de las jurisdicciones constitucionales a la hora de entablar un diálogo directo y formalizado a través del mecanismo de la cuestión prejudicial. Baste decir que, en contra de una clara jurisprudencia europea[956], los Tribunales Constitucionales nacionales generalmente justificaron su posición de voluntario aislamiento en una interpretación poco convincente y posteriormente rechazada de acuerdo con la cual los mismos no podían ser considerados órganos judiciales a los efectos del artículo 267 TFUE[957]. Los riesgos de perpetuarse un comportamiento de estas características son muy elevados y no deberían subestimarse. Corresponde a los mismos compartir y defender en el marco de un proceso judicial los principios y valores constitucionales nacionales que, como bien sabemos, no son siempre exactamente coincidentes con los europeos. En caso contrario, acecha el peligro de que, o bien se proceda a una indeseable centralización y homogeneización de valores de acuerdo con unos parámetros exclusivamente supranacionales, o bien que la opinión del Tribunal de Justicia resulte únicamente influenciada por aquellos órganos jurisdiccionales nacionales que ha adoptado una posición más activa en este sentido. Este escenario ha sido descrito magistralmente por Cartabia en el concreto marco de los derechos fundamentales en el que alertaba sobre el riesgo de un posible «colonialismo judicial» desde instancias luxemburguesas ante la falta de contrapesos por parte de los Tribunales Constitucionales[958]. Señalaba que el «antídoto» frente a esta situación es el de revitalizar la figura del diálogo judicial, debiendo las jurisdiccionales constitucionales abandonar una estéril postura de aislamiento en defensa de la soberanía nacional y optar con convicción por una decidida participación[959].

---

[955] En este sentido, se puede apreciar una importante división entre los Estados de Europa occidental y oriental, siendo estos últimos muchos más reticentes a ponerse en contacto con el Tribunal de Justicia por intermediación de sus respectivos Tribunales Constitucionales u órganos con funciones asimilables. En cuanto a los Estados que apenas han acudido al Tribunal de Luxemburgo en una o dos ocasiones tenemos los casos de Alemania, España, Francia o Italia. En el extremo opuesto, suele citarse como ejemplos de Tribunales Constitucionales nacionales particularmente activos en sus relaciones con el Tribunal de Justicia las jurisdicciones constitucionales belga y austriaca.

[956] Como se ha apuntado anteriormente, la consolidada jurisprudencia Vaasen-Göbbels elaborada a manos del Tribunal de Justicia ha interpretado en términos muy amplios qué se entiende por órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 TFUE. En consecuencia, no existe duda alguna sobre la incorporación de los Tribunales Constitucionales dentro de esa categoría.

[957] *Vid*. CLAES, MONICA, «Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure», *German Law Journal*, núm. 16, vol. 6, 2015; MARTINICO, GIUSEPPE, «Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of "Hidden Dialogues"», *op.cit.*, pp. 4-5 (véase asimismo la jurisprudencia referido en la nota a pie de página núm. 21).

[958] CARTABIA, MARTA, «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, vol. 1, 2009, p. 17.

[959] *Ibid.*, p. 27.

No obstante, es preciso señalar que los Tribunales Constitucionales no son los únicos responsables de esta situación presente de insuficientes vínculos dialécticos, pesando igualmente sobre el Tribunal de Justicia una parte de la carga. En este sentido, pueden al menos referirse dos causas que han contribuido a una tímida intervención de aquellos en la escena judicial, a saber: el consabido fenómeno de desplazamiento de los Tribunales Constitucionales nacionales y el estilo de razonamiento generalmente adoptado por el Tribunal de Luxemburgo.

En primer lugar, los concretos términos en que el Tribunal europeo ha modelado las doctrinas judiciales de primacía y de efecto directo del Derecho de la Unión han contribuido sobremanera a potenciar las vías de comunicación entre los Tribunales nacionales ordinarios y el Tribunal de Justicia en detrimento de los jueces constitucionales, que han acusado una acentuada marginalización en el espacio judicial europeo[960]. En segundo lugar, el modo de dictar sentencia desde instancias jurisdiccionales europeas ha sido tradicionalmente objeto de muy duras críticas, pudiendo aludirse como un factor clave a la hora de desincentivar una cultura de diálogo entre jurisdicciones. Sobre este particular, son conocidas las palabras de Weiler en las que ha conminado al Tribunal europeo a abandonar su característico estilo parco, poco elaborado y críptico y sustituirlo por un modo de proceder más discursivo, que es propio de los países pertenecientes a la tradición del *common law*[961]. Asimismo, y tan importante como lo anterior, es que sus decisiones no solo tomen en consideración e incorporen en su razonamiento las particularidades jurídicas de los Estados miembros, sino que además las mismas revelen claramente en su redacción una especial sensibilidad por ellas[962]. No está de más mencionar que ese oscuro modo de emitir sus resoluciones judiciales pueden presentar sus ventajas y que incluso, aunque pueda parecer paradójico, puede en algunas ocasiones haber contribuido a mantener el debido equilibrio entre los intereses de cada uno de los ordenamientos[963]. Aun así, juzgamos que pesan más las razones que apuntan a la necesidad de un diálogo abierto entre ambos órganos jurisdiccionales[964].

3.2. Denegación de vías alternativas de interacción: intervención como coadyuvante y presentación de alegaciones escritas u observaciones

En este estado de cosas, una consecuencia de los aún escasos contactos directos entre la jurisdicción constitucional y la europea es la dificultad de que las Cortes Constitucionales puedan hacer presentes sus inquietudes en un proceso ante el Tribunal de Justicia en defensa de los intereses de un Estado miembro vinculados a la identidad nacional. En efecto, un análisis de la jurisprudencia pone de relieve que, con muy

[960] KOMÁREK, JAN, «The Place of Constitutional Courts in the EU», *op.cit.*, pp. 427-430.
[961] WEILER, JOSEPH H.H., «Epilogue: The Judicial Après Nice», *op.cit.*, p. 225.
[962] *Ibid.*, p. 221.
[963] *Vid.* SARMIENTO, DANIEL, «The Silent Lambs and the Deaf Wolves. Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU Law», *op.cit.*
[964] CARTABIA, MARTA, «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *op.cit.*, p. 31.

limitadas salvedades como son los asuntos Gauweiler o Taricco en los que los correspondientes Tribunales Constitucionales elevaron una cuestión prejudicial -y, en consecuencia, pudieron trasladar directamente su valoración jurídica en el correspondiente auto de planteamiento[965]-, en la inmensa mayoría de los procedimientos estos órganos judiciales han estado prácticamente ausentes. En los restantes casos en los que la remisión de la cuestión prejudicial provenga de un Tribunal ordinario, la intervención de los Tribunales Constitucionales ante el Tribunal de Luxemburgo en tanto que sujeto que no tiene la condición de parte procesal podría canalizarse teóricamente por medio de dos posibles figuras: la participación en el procedimiento en calidad de coadyuvante (artículo 40 del Estatuto del Tribunal de Justicia[966]) y la presentación de alegaciones y observaciones escritas (artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia[967]).

Por un lado, el artículo 40 del Estatuto del Tribunal de Justicia contiene una redacción abierta por la que se admite como coadyuvante en la causa a todo aquel que pueda demostrar un interés en la solución del litigio, dejando así de manera deliberadamente indeterminados todos los destinatarios de la norma. A pesar de este tenor literal, dudamos seriamente que los Tribunales Constitucionales nacionales puedan justificar tener un auténtico interés, entendido el mismo en un sentido estricto como aquellos sujetos que pueden verse afectados como consecuencia del ulterior fallo que pueda dictarse. De todos modos, esta es una cuestión que ya ha sido resulta de manera indirecta por la jurisprudencia de Tribunal de Justicia, habiendo declarado que la cuestión prejudicial no tiene la consideración de un contencioso a los efectos de ese precepto, de manera que no está consentida la posibilidad de intervenir a aquellas personas que no sean parte *stricto sensu*[968]. Por otro lado, esa misma línea jurisprudencial se ha seguido para interpretar el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia referido al derecho

---

[965] ATCFA de 14 de enero de 2014, Gauweiler, 2 BvR 2728/13; ATCI de 23 de noviembre de 2016, Taricco, 24/2017.

[966] Artículo 40 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «Los Estados miembros y las instituciones de la Unión podrán intervenir como coadyuvantes en los litigios sometidos al Tribunal de Justicia.

El mismo derecho tendrán los órganos y organismos de la Unión y cualquier otra persona siempre que puedan demostrar un interés en la solución de un litigio sometido al Tribunal de Justicia. Las personas físicas y jurídicas no podrán intervenir en los asuntos entre los Estados miembros, entre instituciones de la Unión, o entre Estados miembros, por una parte, e instituciones de la Unión, por otra. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo, los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, distintos de los Estados miembros, y el Órgano de Vigilancia de la AELC, previsto por dicho Acuerdo, podrán intervenir como coadyuvantes en los litigios sometidos al Tribunal de Justicia cuando éstos se refieran a uno de los ámbitos de aplicación del referido Acuerdo.

Las pretensiones de la demanda de intervención no podrán tener otro fin que apoyar las pretensiones de una de las partes».

[967] Artículo 23, párrafo segundo, Estatuto del Tribunal de Justicia: «En el plazo de dos meses desde esta última notificación, las partes, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona tendrán derecho a presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas».

[968] ATJCE de 26 de febrero de 1996, Biogen, C-181/95, apartados 4-5; ATJCE de 30 de marzo de 2004, ABNA y otros, apartado 14, ATJCE de 25 de mayo de 2004, Parking Brixen, C-458/03, apartado 5; ATJCE de 13 de enero de 2010, Volker und Markus Schecke, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, apartados 4-9.

presentar alegaciones u observaciones escritas en el marco de una cuestión prejudicial, negándose igualmente este derecho a otros sujetos distintos de los expresamente previstos en esa norma[969].

A resultas de todas estas limitaciones, siempre nos resta como vía alternativa para trasladar la privilegiada interpretación de las jurisdicciones constitucionales nacionales la de que aquellos que si gozan de palabra -oral y/o escrita- en el proceso actúen como una suerte de intermediarios. En otras palabras, los particulares nacionales o los Gobiernos del Estado miembro pueden valerse de resoluciones judiciales dictadas previamente por los Tribunales Constitucionales, si bien las mismas se referirán a otras causas distintas y previas y, por tanto, su valor será necesariamente limitado. Con todas estas observaciones se pone de manifiesto que el marco procesal vigente ante el Tribunal de Justicia está plagado de obstáculos para que pueda haber una comunicación directa y rica entre los Altos Tribunales de la Unión, con la salvedad de que las Cortes Constitucionales adopten una posición más proactiva y decidan interponer ellas mismas una cuestión prejudicial.

3.3. Intereses contrapuestos entre diferentes autoridades nacionales

Afirmar apresuradamente que los Tribunales Constitucionales nacionales son los mejores representantes de la identidad nacional de un Estados miembro en la esfera contenciosa puede obviar una circunstancia nada desdeñable como es que distintas autoridades nacionales puedan sostener visiones diferentes sobre cuál sea el sentido y alcance de la misma[970]. No debería sorprendernos en este sentido que distintos órganos nacionales -judiciales y no judiciales-, y diferentes niveles territoriales de gobierno -estatal y no estatal- puedan albergan posiciones diferenciadas e incluso contrapuestas por razón de la posición institucional que ocupan y del ámbito territorial en el que se adscriben. No se trata únicamente de una mera hipótesis teórica, sino que contamos con ejemplos prácticos en los que se ha evidenciado de manera clara una contradicción de opiniones entre diferentes autoridades domésticas que ha llegado incluso a conocimiento del Tribunal de Luxemburgo.

Un caso particularmente ilustrativo sobre este punto es el conocido asunto Landtovà en el que el Tribunal europeo se pronunció sobre las consecuencias de la disolución de la antigua República Checoslovaca en los actuales Estados miembros de Eslovaquia y de la República Checa a los efectos del cálculo de las pensiones de jubilación de nacionales checos que desarrollaron su prestación de trabajo en lo que ahora es territorio eslovaco. Esta disputa enfrentó al Tribunal Supremo Administrativo checo y el Tribunal Constitucional checo sobre la interpretación del principio de igualdad recogido en el texto constitucional nacional. Elevada una cuestión prejudicial por parte del Tribunal Supremo Administrativo, cuya posición fue respaldada por el Gobierno

[969] ATJCE de 12 de septiembre de 2013, Satakunnan Markkinapörssi, C-73/07, apartados 8-13; ATJCE de 13 de enero de 2010, Volker und Markus Schecke, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, apartados 4-9.
[970] CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law, op.cit.*, pp. 146-148.

nacional, el Tribunal Constitucional remitió una carta al Tribunal de Justicia. En ella daba a conocer su perspectiva constitucional del asunto justificada por diversas observaciones expresadas por el Abogado general en las que mencionaba la ausencia de argumentos esgrimidos para justificar un tratamiento discriminatorio[971]. En dicha misiva, la Corte Constitucional conminaba al Tribunal de Luxemburgo a que:

> «se familiarizara con los argumentos que respetaban la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la identidad constitucional de la República Checa, que [el Tribunal Constitucional] deriva de las tradiciones constitucionales comunes con la República eslovaca, de más de setenta años como Estado común y de su pacífica disolución, esto es, de una situación completamente idiosincrática e histórica que no tiene parangón en Europa»[972].

Se pone así claramente de relieve un conflicto que llega a instancias supranacionales en el que existe una disparidad de posiciones entre diferentes actores nacionales en relación a la interpretación de la identidad nacional. Se plantea de este modo un complejo escenario para el Tribunal de Justicia que tiene que decidir a cuál de las diferentes perspectivas expresadas por las autoridades nacionales debe atender. En estas circunstancias, se abren diferentes posibilidades de actuación para este órgano judicial desde un punto de vista teórico.

En primer lugar, y en línea con el papel especialmente privilegiado atribuido a los Tribunales Constitucionales en materia de interpretación constitucional, una opción sería que el Tribunal de Luxemburgo se inclinase preferentemente por tomar en consideración el juicio de estos órganos judiciales[973]. Esta solución contrastaría con la falta de protagonismo que la normativa procesal europea concede a los Tribunales Constitucionales nacionales en los términos apenas analizados. Conformándonos al régimen procesal actualmente vigente, esto comportaría que el Tribunal de Justicia tendría que valerse de cauces informales de comunicación como sucedió en el asunto Landtovà donde tuvo conocimiento de la interpretación de la máxima autoridad constitucional por medio de una carta, por no decir que supone aceptar implícitamente su vinculación a esos canales de transmisión no reglados. En segundo lugar, otra alternativa sería obviar las observaciones de los Tribunales Constitucionales nacionales considerando únicamente las opiniones expresadas por aquellos sujetos a los que se reconoce la posibilidad de intervenir en el proceso o puede presentar alegaciones u observaciones escritas. En tercer y último lugar, valiéndose de la concepción de la cuestión prejudicial como un incidente procesal, podría optar por una posición intermedia en la que no otorgara prioridad ni a las jurisdicciones constitucionales ni a otras

[971] Conclusiones del AG P. Cruz Villalón de 3 de marzo de 2011, Landtová, C-399/09, apartados 45, 47, 51 y 52.
[972] STC de la República Checa de 31 de enero de 2012, Landtovà, Pl ÚS 5/12. Traducción propia.
[973] Esta parece ser la solución adoptada en los asuntos Runevič-Vardyn y Landtovà. *Vid*. STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09, apartados 84-86; SJUE de 22 de junio de 2011, Landtová, C-399/09, apartados 43, 47 y 49.

autoridades nacionales, sino que se limitara a deferir al Tribunal de remisión la concreta cuestión de la identidad nacional[974] y, a partir de dicho juicio, poder decidir con mejor criterio[975]. Esta última aproximación no es ajena a la jurisprudencia sobre la identidad nacional, habiendo otorgado un margen de apreciación variable a los Tribunales nacionales sobre la base de unas directrices interpretativas no excesivamente limitativas, aunque es criticable la imprecisión y oscuridad de la misma por lo que se refiere a los criterios que han motivado la concesión de un mayor o menor margen de maniobra a los órganos judiciales nacionales[976].

A nuestro juicio, conviene partir de la prevención de que no es sencillo establecer criterios generales sin conocer los concretos detalles del conflicto. Dicho esto, consideramos que, en principio, tanto la primera como la tercera opción puede resultar mecanismos adecuados para poner en contacto a las máximas autoridades judiciales de la Unión, privilegiando uno u otro según lo que aconsejen las circunstancias del caso[977]. Del mismo modo, nos alejamos de posiciones partidarias de un exceso de formalismo que impidiesen que el Tribunal de Justicia pudiera atender a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de la que haya podido tener conocimiento a través de cualesquiera medios de información reglados o no reglados.

En suma, existen sobrados motivos para defender la erección de los Tribunales Constitucionales nacionales en una suerte de *amicus curiae* con el propósito de reforzar significativamente la interlocución entre los Altos Tribunales del espacio judicial europeo y, en especial, en el ámbito de los conflictos sobre la identidad nacional. No obstante, no pueden obviarse diversas consideraciones de naturaleza normativa e institucional que dificultan unas conversaciones continuas y estables. Para alcanzar ese objetivo no es preciso acudir a la remisión del asunto a una tercera instancia judicial o arbitral al margen del sistema institucional de la Unión, aunque quizás si fueran necesarias algunas reformas de Derecho secundario encaminadas a potenciar la participación de las jurisdicciones

---

[974] A este respecto, Millet propone la posibilidad de que el Tribunal de Justicia pueda solicitar una aclaración no solo al Tribunal de remisión, sino también al propio Tribunal Constitucional aun en el caso de que este órgano judicial no haya sido quien haya interpuesto la cuestión prejudicial. Dicho esto, es dudoso, sin que resulte clara la opinión del autor sobre este punto, que esta propuesta sea conforme al Derecho de la Unión, salvo que se proceda previamente a una reforma de la normativa procesal de la Unión (artículo 101 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia). MILLET, FRANÇOIS-XAVIER, «Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice», *op.cit.*, p. 841.

[975] Esta alternativa es más bien la seguida en el asunto Melki y Abdeli, si bien restringiendo considerablemente el margen de discrecionalidad concedido a los Tribunales nacionales. *Vid*. STJUE de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, asuntos acumulados C- 188/10 y C-189/10, apartados 46-50.

[976] Para un estudio en profundidad de la actuación más o menos deferente del Tribunal de Justicia en el uso de la cuestión prejudicial, *vid*. TRIDIMAS, TAKIS, «Constitutional Review of Member State Action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction», *op.cit*.

[977] Una posición distinta de las tres opciones enunciadas ha sido defendida por Kumm y Ferreres por la que reconocen como intérprete preferente de la identidad nacional al legislador constitucional. Por nuestra parte, no objetamos que la normativa nacional con valor constitucional puede resultar una fuente extraordinaria para conocer las estructuras constitucionales básicas de un Estado, pero sigue siendo preciso una labor de interpretación de las mismas en las que el Tribunal Constitucional puede y debe jugar una posición destacada. *Vid*. KUMM, MATTIAS y FERRERES COMELLA, VÍCTOR, «The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of the Constitutional Conflicts in the European Union», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, vóls. 2-3, 2005, pp. 486-492.

constitucionales nacionales. En particular, estos cambios podrían concretarse en una modificación de los artículos 23 y 40 del Estatuto del Tribunal de Justicia u otras opciones igualmente poco exploradas entre la doctrina como es la posibilidad de integrar jueces nacionales en conflictos donde estén en juego los intereses nacionales de su Estado miembro, que encuentra inspiración en el modelo instaurado en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En caso de que tales modificaciones no se produzcan o a la espera de que las mismas se lleven a efecto, existen medidas alternativas que podrían paliar una perniciosa escasez dialéctica por medio de decisiones de menor envergadura que encajan en el marco normativo vigente. Así las cosas, es posible hacer patente una mayor sensibilidad del Tribunal de Justicia hacia tales inquietudes optando preferentemente por resolver estos conflictos en Gran Sala y prestando particular atención a una argumentación más expresiva y elaborada en sus pronunciamientos.

4. Desarrollo y terminación del procedimiento

Considerada la conveniencia de favorecer un marco general para la resolución de los conflictos sobre la identidad nacional basado en la interacción entre las máximas autoridades judiciales por medio de un diálogo entre Tribunales canalizado de manera preferente a través de una cuestión prejudicial, es preciso abordar en estos momentos el modo de desarrollarse y poner fin a estos litigios. Esto exige tener presente todas las vicisitudes procesales que rodean a esta figura, configurándola como un mecanismo particularmente apto para este tipo específico de controversias. En concreto, precisa estar especialmente atentos a su naturaleza como cuestión incidental, su carácter inapelable, la recepción generalmente pacífica de las mismas en las esferas judiciales nacionales y, finalmente, al valor de compromiso y de estabilidad que pueden facilitar.

La cuestión prejudicial se concibe como un incidente procesal en virtud del cual se emite un juicio sobre la interpretación y/o la validez de aquellos actos o normas a que se refiere el artículo 267.1 TFUE en aras de asistir al Tribunal de remisión en la tarea de resolver el litigio principal. De este modo, este mecanismo procesal no pone, en rigor, fin al proceso judicial sobre la identidad nacional, que continuará a partir de ese momento en el Tribunal de instancia -sea un Tribunal ordinario, sea un Tribunal Constitucional- al que corresponde dictar sentencia de acuerdo con las indicaciones suministradas por el Tribunal europeo. Respecto de la continuación del procedimiento ante el Tribunal nacional, no existen disposiciones de Derecho de la Unión que lo disciplinen, que se regirá, pues, por el Derecho nacional como expresión del debido respeto a su autonomía procesal (artículo 19.1, párrafo segundo, TUE[978]). De particular importancia resulta que

[978] Artículo 19.1, párrafo 2, TUE: «Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».
Vid. STJCE de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz, 33/76, apartado 5: «que, así, en virtud del principio de cooperación enunciado en el artículo 5 del Tratado, se ha encomendado a los órganos jurisdiccionales nacionales la protección jurídica que deriva, en favor de los justiciables, del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario;

la respuesta ofrecida por el Tribunal de Justicia vincula al órgano juzgador, debiendo imperativamente someterse a sus dictados[979], aunque en algunas ocasiones, como sucedió muy significativamente con el Tribunal Constitucional español en el asunto Melloni, pueda ser origen de controversias el concreto modo de asumir las indicaciones del Tribunal de Luxemburgo[980].

En caso de contrariar la interpretación de la máxima instancia jurisdiccional europea, estaríamos en presencia de una violación del Derecho de la Unión que legitimaría a la Comisión para iniciar una acción por incumplimiento (artículo 258 TFUE)[981]. Asimismo, el no cumplimiento de una cuestión prejudicial comporta una lesión de ese mismo Derecho que es susceptible que sea restablecida igualmente por medio de una acción de responsabilidad del Estado[982]. En todo caso, son extraordinariamente infrecuentes los casos en que los Tribunales nacionales contradicen lo estipulado en una cuestión prejudicial considerado que son ellos mismos los que se prestan voluntariamente a interponerla, con la conocida salvedad de aquellos casos en que se trate de un juzgado o Tribunal contra el que no quepa ulterior recurso de Derecho interno (artículo 267.3 TFUE), y de ahí que se entienda que al elevarla están aceptando implícitamente sus resultados[983].

Contrasta de este modo la jurisprudencia apenas señalada con las recurrentes advertencias expresadas desde las jurisdicciones constitucionales sobre la posibilidad de

---

que, por consiguiente, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario, quedando claro que estas normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno»; STJCE de 16 de diciembre de 1976, Comet, C-45/76.
Vid. DOUGAN, MICHAEL, «The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law before the National Courts», en CRAIG, PAUL y BÚRCA, GRÁINNE DE, *The Evolution of EU Law*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2011.

[979] STJCE de 3 de febrero de 1977, Benedetti, 52/76, apartado 26; STJCE de 5 de marzo de 1986, Wünsche, 69/85, apartado 13; STJCE de 14 de diciembre de 2000, Fazenda Pública, C-446/98, apartado 49; STJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, apartados 29-30.

[980] TORRES PÉREZ, AIDA, «*Melloni* in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *European Constitutional Law Review*, núm. 10, vol. 2, 2014, pp. 319-323.

[981] Aun estando prevista esta posibilidad de incoar una acción por incumplimiento en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia no se atenga a lo dispuesto en la cuestión prejudicial, la Comisión ha sido tradicionalmente reticente a activar esta vía. No obstante, existen precedentes más recientes en lo que parece que esta institución está adoptando una actitud más activa a los efectos de asegurar la debida vinculación a lo declarado en una prejudicial europea. *Vid.* STJCE de 9 de diciembre de 2003, Comisión c. Italia, C-129/00; Conclusiones del AG P. Cruz Villalón de 10 de junio de 2010, Elchinov, C-173/09, apartado 24.

[982] Así ha sido afirmado en una consolidada jurisprudencia desde que así fuera proclamado en el asunto Francovich. *Vid.* STJCE de 19 de noviembre de 1991, Francovich, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, apartados 39-40; STJCE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, apartados 51.

[983] Se han publicados estudios en los que se revela que menos de un 1% de las cuestiones prejudiciales son objeto de incumplimiento por el Tribunal de remisión. *Vid.* NYIKOS, STACY, *The European Court and National Courts: Strategic Interaction within the EU Judicial Process*, Dissertation Publishing, 2000, p. 164, citado por BROBERG, MORTEN y FENGER, NIELS, *Preliminary References to the European Court of Justice*, *op.cit.*, p. 443 (nota a pie de página núm. 11).

separarse de una resolución judicial que resuelva una cuestión prejudicial en la que no respeten sus estructuras constitucionales fundamentales[984]. En todo caso, nunca se ha producido un escenario de desobediencia por parte de las jurisdicciones constitucionales en amparo de una pretendida lesión de la identidad nacional. En caso de producirse, una colisión normativa e institucional de tales características erosionaría gravemente las bases del sistema constitucional europeo compuesto, lo cual permite explicar que la mera hipótesis de ese resultado actúe como un incentivo a la cooperación entre las máximas instancias jurisdiccionales[985]. Esta es la más clara expresión de las dificultades de conciliar los presupuestos sobre los que se asientan los ordenamientos nacionales y el europeo cuando los Altos Tribunales de los respectivos sistemas jurídicos adoptan una aproximación maximalista que no deja lugar para un espacio de convergencia. Dependiendo del prisma desde el que se observe, o bien esta situación de conflicto merece ser inaplicada en el ámbito del Derecho nacional con la consiguiente ruptura de la unidad, la seguridad jurídica y la unidad del ordenamiento supranacional, o bien constituye una vulneración del Derecho de la Unión que es susceptible de ser tutelada por diversos cauces procesales.

Continuando con el *iter* procesal, debe tenerse presente que no se contempla en el Derecho de la Unión la posibilidad de plantear un recurso contra la sentencia por la que se dé respuesta a una cuestión prejudicial[986]. Si estuviera contemplada esa posibilidad, podría continuarse el debate procesal sobre la posible quiebra de la identidad nacional ante la jurisdicción europea, permitiendo así a las partes u a otros posibles interesados en la causa rebatir la resolución judicial controvertida. En línea con esta restricción apuntada, existen otras muy similares en la normativa procesal europea que se extienden igualmente a la posibilidad de solicitar una aclaración en los términos previstos en el artículo 104.1 del Reglamento del Procedimiento del TJUE[987], así como a la negativa de instar una revisión por considerarse que en este tipo de acción procesal no hay, en un sentido estricto, dos partes confrontadas[988]. Todo lo cual no es óbice para que puedan solicitar una rectificación para solventar posibles dudas en relación a posibles errores de transcripción, de cálculo o inexactitudes evidentes que, en todo caso, no alteran la cuestión de fondo (artículo 103 del Reglamento del Procedimiento del TJUE).

---

[984] Entre sus manifestaciones más elocuentes, *vid*. ATCFA de 14 de enero de 2014, Gauweiler, 2 BvR 2728/13, apartado 103; STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014 Melloni, FJ. 3 -véanse a este respecto las críticas expresadas por la magistrada Adela Asúa Batarrita en el apartado segundo de su voto particular a esta misma sentencia.

[985] En este sentido, merece recordar la reflexión de Panunzio que considera que la invocación de los *controlimiti* puede ser entendida como una «pistola sobre la mesa» en el sentido de que fuerza a los Tribunales a confrontarse dialécticamente. PANUNZIO, SERGIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», en PANUNZIO, SERGIO (ed.), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, 2005, p. 17.

[986] STJCE de 5 de marzo de 1986, Wünsche, 69/85, apartados 10-16.

[987] Artículo 104.1 Reglamento del Procedimiento del TJUE: «El artículo 158 del presente Reglamento, relativo a la interpretación de las sentencias y autos, no será aplicable a las resoluciones adoptadas en respuesta a una petición de decisión prejudicial».

[988] ATJCE de 28 de abril de 1998, Reisebüro Binder, C-116/96, apartado 6.

A pesar de todas las dificultades apenas expresadas, la jurisprudencia ha reconocido de manera reiterada e inequívoca que nada obsta a que pueda plantearse una nueva cuestión prejudicial «cuando el juez nacional tropieza con dificultades de comprensión o de aplicación de la sentencia, cuando plantea al Tribunal una nueva cuestión de derecho, o incluso cuando le somete nuevos elementos de apreciación que puedan conducir al Tribunal a responder de manera diferente a una cuestión ya planteada»[989]. Eso sí, dicho esto, y aunque pueda resultar repetitivo, lo que en ningún caso está permitido es volver a remitir la misma cuestión con el declarado o velado propósito de enjuiciar la validez de la cuestión prejudicial y, de este modo, tratar de reformar la decisión previa del Tribunal de Luxemburgo.

Todo este recorrido conduce a una resolución judicial proveniente del Tribunal de Justicia que en la práctica totalidad de los casos es aceptada pacíficamente por el Tribunal de remisión y, posteriormente, aplicada al fondo del asunto de acuerdo con las pautas hermenéuticas contenidas en la sentencia por la que se resuelve la cuestión prejudicial. Esta será el resultado de una confrontación dialéctica entre diferentes esferas judiciales -y no solo judiciales- que no debe ser abordado como la imposición de un criterio interpretativo de un órgano judicial sobre otro, sino que más bien la aspiración debe ser la de alcanzar soluciones «mutuamente conformes o compatibles» para ambos ordenamientos jurídicos[990]. Esto exige un doble compromiso recíproco por parte de ambos actores judiciales implicados: aceptar soluciones suficientemente flexibles que permitan acomodar las exigencias constitucionales de los Estados miembros y respetar un necesario grado de efectividad y de uniformidad del Derecho de la Unión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos de la integración europea y la viabilidad de su sistema jurídico.

No obstante, la característica naturaleza diacrónica del diálogo judicial como método de resolución de conflictos sistémicos e interordinamentales nos obliga a trascender más allá del concreto fallo judicial por el que concluye un específico proceso sobre la identidad nacional. Así las cosas, y enmarcado en una perspectiva cronológica más amplia, asistimos a una sucesión de intercambios judiciales en el tiempo, que ha sido descrita por Vosskuhle como un juego de mecanismos móviles interconectados, que continuarán produciéndose hasta que se alcance una nueva situación de equilibrio[991]. En rigor, es difícil aventurarse a precisar cuándo tales diálogos han finalizado y se ha alcanzado una situación de avenencia porque la misma no es verbalizada de manera expresa. A pesar de la aparente inseguridad jurídica o de la incertidumbre inherentes a este método, lo cierto es que, analizado con una prudente perspectiva temporal, podemos decir que el mismo es capaz de lograr importantes consensos que perduran con un

[989] STJCE de 5 de marzo de 1986, Wünsche, 69/85, apartado 15. Esta misma posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia, aunque no tan prolija respecto de los supuestos que habilitan a la incoación de una nueva prejudicial europea, aparece prevista en el artículo 104.2 Reglamento del Procedimiento del TJUE.
[990] BUSTOS GISBERT, RAFAEL, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, p. 22.
[991] VOSSKUHLE, ANDREAS, «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund», *op.cit.*, p. 189.

importante grado de estabilidad en el tiempo. Pensemos en una jurisprudencial como la instaurada con motivo de la decisión Solange II, que fue adoptada en los años ochenta del siglo pasado y que, no solo se han mantenido hasta la fecha presente, sino que se han consolidado, contribuyendo de este modo a reforzar las interrelaciones entre el Derecho nacional y el supranacional.

Examinado hasta el momento el modo en que discurre procedimentalmente un contencioso sobre la identidad nacional, nos resta para concluir una aproximación más concreta en la que analicemos las diferentes técnicas de resolución aplicables a estos conflictos en el marco general del diálogo entre Tribunales.

IV. Técnicas judiciales de resolución de conflictos sobre la identidad nacional

El Tribunal de Justicia cuenta con un abanico de herramientas procesales para dar respuesta a una cuestión prejudicial, que van a favorecer una interacción más estrecha con las autoridades judiciales estatales a fin de conciliar los diferentes intereses nacionales y supranacionales en juego. Estas vías de entendimiento las hemos englobado bajo la denominación general de técnicas judiciales de resolución de conflictos sobre la identidad nacional, y son las siguientes: autocontención o *self-restraint*, deferencia judicial y test de proporcionalidad. En rigor, estas no son prácticas judiciales exclusivas de este tipo de controversias, sino que más bien son aquellas que generalmente se aplican en este original sistema judicial compuesto, aunque corresponda estudiarlas ahora desde el concreto enfoque de este tipo de conflictos sistémicos.

Antes de analizar individualmente cada una de tales técnicas, conviene señalar un par de rasgos generales sobre las mismas. Por un lado, podemos distinguirlas según las consideremos como una práctica adjetiva o sustantiva, esto es, ya sea porque son mecanismos de naturaleza procesal, ya sea porque son instrumentos que nos ofrecen inmediatamente una solución al asunto principal. De acuerdo con esta distinción, podríamos categorizar la autocontención y la deferencia judicial dentro del primer grupo mientras que el test de proporcionalidad se adscribiría al segundo de ellos. Por otro lado, estas técnicas pueden ser utilizadas o bien de manera individual, o bien de manera simultánea mediante el empleo de más de una al mismo tiempo.

1. Autocontención o *self-restraint*

1.1. Introducción

La autocontención es aquel comportamiento seguido por parte de los órganos judiciales que se ubican en la cúspide de los respectivos sistemas judiciales integrados en el espacio jurídico europeo en virtud del cual deciden voluntariamente hacer un uso moderado de sus atribuciones. Concebida en estos términos, el objetivo último de esta

técnica es evitar que los Tribunales Constitucionales nacionales efectúen una declaración unilateral de incumplimiento del Derecho de la Unión por estimar que un acto o norma europea vulnera su identidad nacional, así como impedir que el Tribunal de Justicia ejerza su función jurisdiccional sin tomar debidamente en consideración la obligación que le incumbe de respetar el espacio de intangibilidad constitucional de los Estados miembros.

Para que esto sea posible, se ha de partir de una actitud de tolerancia constitucional (*constitutional tolerance*), entendida como una comprensión mutua de los respectivos diseños constitucionales y una concienciación de las implicaciones que puede tener una declaración judicial de tales características para el conjunto del orden jurídico europeo[992]. Esta pauta de conducta presenta la bondad de fomentar un diálogo judicial entre las máximas autoridades judiciales, abriendo un espacio de encuentro donde sea posible encontrar una solución de compromiso que reduzca al mínimo la potencialidad disruptiva de este tipo de enfrentamientos. Este fenómeno de circunspección judicial puede expresarse a través de diversas manifestaciones que tendremos oportunidad de abordar en detalle seguidamente.

Todas ellas se caracterizan por compartir una doble naturaleza procesal y preventiva en virtud de la cual la contradicción de opiniones provenientes de las altas instancias jurisdiccionales europeas no desemboca en una solución compartida sobre el fondo del asunto, sino que se limita al establecimiento de «reglas condicionadas de atribución de la competencia jurisdiccional para decidir en un caso»[993]. O lo que es lo mismo, son «reglas que establecen la renuncia al ejercicio de la propia jurisdicción mientras se produzcan determinadas circunstancias»[994], de manera que corresponde al órgano juzgador constatar la concurrencia de las mismas y, en caso afirmativo, confía en que el nuevo órgano sea capaz de hallar una solución compatible para ambos ordenamientos involucrados. Cabe añadir que estas construcciones autorrestrictivas no operan necesariamente de manera individual, siendo posible advertir que en la praxis judicial en ocasiones se aplican más de una al mismo tiempo. Entre la pluralidad de fórmulas de contención judicial, conviene poner el acento en aquellas dos que son propias del espacio jurídico europeo y que han sido particularmente exitosas a la hora de procurar un equilibrio constitucional: presunción de protección equivalente y margen de apreciación nacional[995]. A estas dos añadiremos una última que podemos denominar como declaración de incompatibilidad, diferenciándose de las anteriores por su carácter

---

[992] Esta conocida expresión fue acuñada por J.H.H. Weiler. *Vid.* WEILER, JOSEPH H.H., «The Principle of Constitutional Tolerance», en SNYDER, FRANCIS G. (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effecls of European integration*, Hart, 2000; WEILER, JOSEPH H.H., «On the power of the Word: Europe's constitutional iconography», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, vol. 2-3, 2005.

[993] BUSTOS GISBERT, RAFAEL, «La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo», *op.cit.*, p. 62.

[994] *Ibidem*.

[995] Para un estudio en mayor profundidad de diferentes técnicas de deferencia judicial en el espacio jurídico europeo, *vid.* BAYÓN, JUAN CARLOS, «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2013, pp. 80-83; BUSTOS GISBERT, RAFAEL, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *op.cit.*, pp. 49-53.

eminentemente propositivo y por no encontrar respaldo en la jurisprudencia nacional y supranacional actual.

1.2. Presunción de protección equivalente

Una primera práctica de *self-restraint* es aquella que podríamos rotular como presunción de protección equivalente. Por tal podemos entender aquel uso judicial consistente en la renuncia de un órgano judicial a ejercer su jurisdicción al tiempo que asume implícitamente la asunción de la misma por parte de otro incardinado en un ordenamiento distinto, bajo la presunción de que este último puede garantizar una protección equivalente (no necesariamente idéntica). Se trata de una desestimiento que puede expresarse de manera general o específica, bien porque un órgano judicial se abstenga de conocer de antemano un determinado tipo de litigios en favor de otro Juzgado o Tribunal, bien porque se trate de una abdicación en el marco de un concreto litigio con efectos únicamente respecto del mismo. En un sentido estricto, ambas variantes se formulan como presunciones *iuris tantum*, aunque es cierto que en ocasiones están configuradas en unos términos tan exigentes que difícilmente podrán concebirse excepciones que puedan rebatirlas.

El sistema multinivel de protección de derechos fundamentales en Europa es un escenario incomparable en el que ha florecido esta técnica de resolución de conflictos. En particular, no pueden dejar de mencionarse como ejemplos paradigmáticos de creación de una presunción de protección equivalente los asuntos Solange I (y II) y Bosphorus[996], habiendo contribuido el primero de ellos a coordinar la interacción entre el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal de Justicia, y entre los Tribunales nacionales y el TEDH en el segundo caso.

Más allá de estas consideraciones generales, no parece que esta técnica de resolución de disputas sea apropiada cuando se trate de conflictos sobre la identidad nacional. Aun reconociendo que es teóricamente posible que una determinada protección *iusfundamental* supranacional pueda vulnerar la identidad nacional, no estimamos que sea conveniente que los Tribunales Constitucionales domésticos establezcan una presunción en favor de que este tipo de controversias sean resueltas de manera unilateral y preferente por el Tribunal de Luxemburgo. Más bien al contrario, la peculiar naturaleza de esta categoría jurídica, que precisa de una interpretación judicial nacional que asista en la tarea de esclarecer si un determinado acto o norma del Derecho de la Unión puede haber vulnerado un principio constitucional básico de un ordenamiento estatal, se verá beneficiada por una estrecha cooperación entre el Tribunal de Justicia y las Cortes Constitucionales.

---

[996] STEDH de 30 de junio de 2005, Bosphorus, 45036/98. *Vid*. DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH, «Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland», *Common Market Law Review*, núm. 43, vol. 1, 2006; KUHNERT, KATHRIN, «Bosphorus - Double Standards in European Human Rights Protection?» , *Utrecht Law Review*, núm. 2, vol. 2, 2006.

1.3. Margen de apreciación nacional

En segundo lugar, es sobradamente conocida la denominada doctrina del margen de apreciación nacional propia del sistema del CEDH[997]. Esta es una pauta hermenéutica creada por el Tribunal de Estrasburgo con el propósito de conciliar dos intereses en liza, a saber: garantizar un mínimo común de protección de los derechos reconocidos en el Convenio y, por otro, el mantenimiento de la soberanía nacional de los Estados parte gracias al carácter subsidiario de este sistema de protección de derechos humanos. Esta construcción jurisprudencial atribuye a las autoridades nacionales un cierto nivel de autonomía para que puedan cumplir con las obligaciones que derivan del CEDH, en el que el mayor o menor grado de discrecionalidad otorgable a los Estados parte depende de la concurrencia de determinados elementos que se han ido desarrollando por parte de la acción judicial del TEDH[998].

Expresadas estas consideraciones generales sobre el margen de apreciación nacional, es pertinente analizar la aplicabilidad de una técnica asimilable en el concreto marco de la Unión Europea para el caso de conflictos sobre la identidad nacional[999]. En cualquier caso, es imprescindible señalar que cada uno de tales sistemas presenta una serie de características específicas (naturaleza jurídica, finalidad y principios fundamentales) que hacen que todo análisis comparativo deba realizarse con suma cautela a fin de no incurrir en imprecisiones técnicas o en indeseables transplantes jurídicos. De manera breve, debe atenderse, cuanto menos, al hecho de que el sistema del CEDH es un régimen para la protección de los derechos fundamentales incardinado en una

[997] Entre la extensa literatura académica sobre esta célebre técnica de resolución de conflictos empleado por el TEDH, *vid*., por todos, GARCÍA ROCA, JAVIER, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010; SPIELMANN, DEAN, «Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiariety of European Review?», *Cambridge European Yearbook of European Legal Studies*, 2012.

[998] Existe un importante debate en torno a qué elementos permiten modular el uso de esta técnica de resolución de conflictos consintiendo un margen de apreciación más amplio o más estrecho, de ahí que se caracterice a la misma como una construcción judicial vaga, impredecible o discrecional. Entre tales elementos, pueden citarse al menos los siguientes: consenso o base normativa común, naturaleza del derecho, naturaleza del deber del Estado, naturaleza del fin perseguido, naturaleza del objeto de la regulación legal internas, circunstancias particulares y las previsiones expresas del Convenio. GARCÍA ROCA, JAVIER, «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2017, pp. 125-126.

[999] Entre los diferentes estudios que examinan la aplicación de una práctica judicial asimilable al margen de apreciación nacional en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *vid*. GERARDS, JANNEKE, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, núm. 17, vol. 1, 2011, pp. 102-115; GUASTAFERRO, BARBARA, «Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause», *op.cit.*, pp. 295-299; NIC SHUIBNE, NIAMH, «Margin of Appreciation: National values, fundamental rights and EC free movement law», *European Law Review*, núm. 2, 2009; SWEENEY, JAMES A., «A "Margin of Appreciation" in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 34, vol. 1, 2007.

organización internacional convencional, que aspira a una protección mínima sin pretender una uniformidad en el nivel de protección *iusfundamental* y, no menos importante, está basado en el cardinal principio de subsidiariedad. Por el contrario, la Unión Europea es un ordenamiento jurídico en un sentido estricto y ostenta competencias en un ámbito considerablemente más extenso que el referido a los derechos fundamentales, apoyándose en principios fundamentales como la primacía, la eficacia y la uniformidad. No está de más añadir que la noción de identidad nacional aparece constituida por una pluralidad de elementos constitutivos entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales, si bien son tan solo es una de sus manifestaciones[1000]. Estas palabras de cautela nos sirven para prevenir el específico contexto jurídico en que fue concebido el margen de apreciación nacional para así poder determinar si el Tribunal de Justicia emplea una técnica similar en su jurisprudencia o, en caso contrario, la conveniencia de incorporarla en el ámbito del ordenamiento jurídico supranacional[1001].

Una primera aproximación a la jurisprudencia europea en materia de identidad nacional parece revelar la existencia de ciertos precedentes judiciales que recogen la idea esencial que subyace al margen de apreciación nacional. Así pues, en tales casos se reconoce una cierta discrecionalidad a los Estados miembros de manera que puedan ajustar las decisiones provenientes del Tribunal de Justicia por razón de concurrir singularidades jurídicas estatales merecedoras de protección. Estas sentencias se han pronunciado todas ellas en el marco del control judicial de actos dictados por autoridades nacionales que comportan una posible vulneración de las libertades fundamentales del mercado interior, siendo precisamente ese el ámbito de aplicación judicial por excelencia de la identidad nacional

Una primera referencia inexcusable sobre este particular es el asunto Omega, que ha sido leída por diversos autores en clave de identidad nacional a pesar de que dicha categoría no aparezca mencionada expresamente en toda la sentencia[1002]. Este conflicto se origina en una decisión de una autoridad nacional alemana que prohibía la explotación

---

[1000] Esta consideración será objeto de un análisis con mayor profundidad con motivo del examen del último capítulo dedicado específicamente a la identidad nacional y a los derechos fundamentales. Por tanto, nos remitimos al capítulo quinto para un tratamiento más elaborado sobre este punto y, más concretamente al epígrafe III, apartado 3.2.3.

[1001] En otro orden de cosas, se puede advertir una incipiente literatura jurídica que está indagando acerca de la existencia de una figura jurídica análoga a la identidad nacional en el seno del sistema del Convenio europeo, *vid*. FABBRINI, FEDERICO y SAJÓ, ANDRÁS, «The dangers of constitutional identity», *European Law Journal*, núm. 25, vol. 4, 2019, pp. 461-462; SZYMCZAK, DAVID, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, *L'identité constitutionnelle saisie per les juges en Europe*, Pedone, 2011; LÓPEZ GUERRA, LUIS, «National Identity and the European Convention on Human Rights», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, 2013.

[1002] AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *op.cit.*, pp. 423-426; TORRES PÉREZ, AIDA, «Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 152.

comercial de juegos que simulen actos homicidas. Este conflicto planteaba una colisión entre la libertad de circulación de servicios y una concepción especialmente garantista de la dignidad humana consagrada en el ordenamiento alemán. En el pasaje clave de esta decisión judicial en el que se valora si la medida nacional restrictiva de una de las libertades fundamentales del mercado interior es conforme al Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia -coincidiendo sustancialmente en este punto con las conclusiones de la AG Stix-Hackl[1003]- declaró que:

> «A este respecto, no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido»[1004].

Debe precisarse que en este caso la concepción del derecho fundamental estatal en cuestión (dignidad humana) se insertó como una posible excepción (orden público) a una de las libertades fundamentales. En todo caso, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, dicha excepción debía ser interpretada restrictivamente y someterse a un juicio de proporcionalidad, que superó.

En opinión de Guastaferro, lo verdaderamente relevante de esta sentencia es que el Tribunal de Justicia reconoce a los Estados miembros un cierto margen de discreción para que puedan fijar el nivel de protección del interés o derechos fundamental en cuestión[1005]. En efecto, el Tribunal de Justicia reconoció que consideraciones nacionales de naturaleza moral, religiosa o cultural no compartidas por todos los Estados miembros pueden justificar una restricción de las libertades fundamentales[1006]. Expresado en otros términos, se admite un limitado grado de asimetría en el ámbito de protección de los derechos fundamentales en el sentido de que la respuesta emitida por la jurisdicción europea puede acomodarse a las sensibilidades nacionales, sin que sea preciso imponer una absoluta uniformidad para todos los Estados miembros. Por todo ello, ese tratamiento estatal diferenciado obedece a particularismos jurídicos en materia de derechos fundamentales que bien podrían asociarse en este caso a la identidad nacional, acudiendo

---

[1003] Conclusiones de la AG C. Stix-Hackl de 18 de marzo de 2004, Omega, apartado 101: «En la aplicación de esta valoración, las autoridades nacionales disfrutan de un cierto margen de discrecionalidad. Así lo expresa también el Tribunal de Justicia al señalar que "el Derecho comunitario no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores en lo relativo a la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios al orden público"».

[1004] STJCE de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, apartado 37.

[1005] GUASTAFERRO, BARBARA, «Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause», *op.cit.*, p. 293.

[1006] STJCE de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, apartado 37: «Aunque, en el apartado 60 de la sentencia Schindler, antes citada, el Tribunal de Justicia se refirió a consideraciones de orden moral, religioso o cultural que llevan a todos los Estados a imponer restricciones a la organización de loterías y de otros juegos, al mencionar esta concepción común, el Tribunal de Justicia no tuvo la intención de formular un criterio general para apreciar la proporcionalidad de toda medida nacional que limite el ejercicio de una actividad económica».

a un razonamiento jurídico que se asemeja al empleado por el Tribunal de Estrasburgo con fundamento en la doctrina del margen de apreciación[1007].

Otras sentencias dictadas con posterioridad han apuntado en esa misma línea jurisprudencial, lo que, en principio, podría interpretarse como la emergencia de una pauta en vías de consolidación. En tales casos, asuntos como Gambelli[1008] o Dynamic Medien[1009] han hecho incluso un uso explícito de la expresión «margen de apreciación nacional», reforzando así las tesis de aquellos que sostienen la incorporación de este método de resolución de conflictos entre el conjunto de técnicas a disposición del Tribunal de Justicia para el caso específico de disputas judiciales sobre la identidad nacional.

No obstante, jurisprudencia aún más reciente -y, muy especialmente, los asuntos Melloni y Åkerberg Fransson- parece poner coto al alcance de esta técnica en la medida en que la aplicabilidad de la misma estará condicionada por el grado de determinación del Derecho de la Unión, tal y como analizaremos en el capítulo siguiente con más detalle. Por el momento, puede adelantarse que la posibilidad de que pueda prosperar el estándar de protección nacional dependerá de la existencia o no de una armonización normativa por parte del Derecho de la Unión; en caso contrario, podría comprometerse la eficacia y uniformidad del Derecho supranacional. Se restringe así considerablemente la viabilidad de un mecanismo judicial de estas características, siendo admisible dentro de los relativamente estrechos confines que el Derecho de la Unión lo concede.

1.4. Declaración de incompatibilidad

Cualquier mecanismo de autocontención judicial consiste en una técnica aplicable por los órganos jurisdiccionales que aspira a evitar que cada una de las máximas autoridades judiciales europeas haga uso de aquellas potestades últimas que pueden poner en riesgo la coherencia del sistema jurídico compuesto europeo. En este sentido, la más clara expresión en que puede concretarse tal temor es la aplicación de la teoría de los *controlimiti* por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales y, más

[1007] AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *op.cit.*, p. 424.

[1008] STJCE de 6 de noviembre de 2003, Gambelli, C-243/01, apartado 63: «el Tribunal de Justicia declaró, en las sentencias Schindler, Läärä y otros, y Zenatti, antes citadas, que las particularidades de orden moral, religioso o cultural, así como las consecuencias perjudiciales, desde un punto de vista moral y económico, para el individuo y la sociedad, que llevan consigo los juegos y las apuestas, podían justificar la existencia en favor de las autoridades nacionales un margen de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implica la protección de los consumidores y del orden social».

[1009] STJCE de 14 de febrero de 2008, Dynamic Medien, C-244/06, apartado 44: «A este respecto, no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro para proteger los derechos del niño (…) corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental (…). Esta concepción puede variar de un Estado a otro según consideraciones de orden moral o cultural pudiendo reconocer a los Estados miembros un cierto margen de apreciación».

específicamente, que los mismos efectúen una declaración de inaplicación de un acto o norma del Derecho de la Unión en el ordenamiento jurídico nacional por contravenir sus principios constitucionales más básicos. Existe una última técnica que se separa de las anteriores debido a que ni aparece expresamente contemplada en el Derecho positivo de la Unión ni tampoco encuentra cobijo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En términos generales, podemos referirnos a este último caso de *self-restraint* como declaración de incompatibilidad, siendo una propuesta prácticamente desatendida por parte de la doctrina[1010].

Este es un instrumento que encuentra una clara inspiración en la conocida Ley de Derechos Humanos del Reino Unido de 1998 (*Human Rights Act*), que tiene por objeto acomodar a su Derecho interno el Convenio Europeo de Derechos Humanos[1011], el cual, recordemos, sigue estando vigente aun tras la salida de ese Estado de la Unión Europea en enero de 2020. Por lo que aquí nos interesa, dicha ley obliga, «en la medida en que sea posible hacerlo», a los Tribunales nacionales a interpretar y aplicar la legislación británica de conformidad con el Convenio europeo (artículo 3.1)[1012]. Ante la imposibilidad de una interpretación conforme, dispone que el Tribunal competente pronunciará una «declaración de incompatibilidad» (artículo 4.2)[1013], que, en ningún caso, comportará una nulidad de la norma controvertida (artículo 4.6)[1014]. Una vez explicado de manera sucinta este mecanismo en el ámbito del Derecho doméstico británico, conviene trasladar los concretos términos en que podría articularse el mismo en el Derecho de la Unión.

Enmarcándonos en un conflicto judicial ante el Tribunal de Justicia en el que haya sido alegada una posible vulneración de la identidad nacional, esta técnica objeto de análisis se podría configurar como un paso previo a una declaración de inaplicación del Derecho de la Unión que eventualmente pudieran pronunciar las Cortes Constitucionales o, incluso, neutralizando completamente la procedencia de la misma. Expresado en estos términos, pudiera parecer que esta propuesta dista poco de un procedimiento judicial ordinario en el que se eleva una cuestión prejudicial por albergar dudas acerca de una posible incompatibilidad de un acto o norma del Derecho supranacional con el artículo 4.2 TUE y en los que, seguidamente, se advierte de una posible aplicación de la doctrina de los *controlimiti*, ya sea de manera explícita o no. No obstante, sería preferible que una

---

[1010] No solo es una cuestión prácticamente inexplorada entra la doctrina, sino que además aquellos estudios que han considerado la posibilidad de introducir un mecanismo de estas características en el Derecho de la Unión se han caracterizado por un análisis insuficientemente profundo. *Vid.* CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law*, *op.cit.*, pp. 325-326; GARNER, OLIVER, «Squaring the PSPP Circle», https://verfassungsblog.de/squaring-the-pspp-circle/, *Verfassungsblog*, 2020.

[1011] *Vid*. YOUNG, ALISON L., «Deference, Dialogue, and the Search for Legitimacy», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 30, vol. 4, 2010, pp. 829-830.

[1012] Artículo 3.1. *Human Rights Act* 1998: «En la medida en que sea posible hacerlo, la *primary legislation* y *subordinate legislation* debe leerse y darle efecto de manera que sea compatible con los derechos del Convenio». Traducción propia.

[1013] Artículo 4.2 *Human Rights Act* 1998: «Si un Tribunal está satisfecho con que una disposición es incompatible con un derecho de la Convención, efectuará una declaración de incompatibilidad». Traducción propia.

[1014] Artículo 4.6 a) *Human Rights Act* 1998: «Una declaración a que se refiere este artículo ("declaración de incompatibilidad") no afecta a su validez (…)». Traducción propia.

declaración de incompatibilidad fuese pronunciada cuando se haya obtenido respuesta por parte del Tribunal de Luxemburgo. En caso de emitirse esta declaración, el resultado no comportaría inmediatamente una ruptura con el ordenamiento de la Unión, puesto que no determina una inaplicación o invalidez del acto o norma controvertida, sino que debe ser entendido como una transferencia del conflicto del ámbito judicial al político. En todo caso, si se abriera una negociación política, la misma no garantizaría la incorporación de una excepción en el Derecho de la Unión que permitiese superar esa hipotética vulneración de la idiosincrasia constitucional de un Estado, puesto que el legislador europeo puede seguir estimando adecuado el juicio expresado por el Tribunal de Luxemburgo. De ser así, el Tribunal nacional, al menos desde el punto de vista del Derecho supranacional, estaría obligado a someterse al fallo de la jurisdicción europea.

Esta propuesta de impronta anglosajona no está desprovista de inconvenientes, siendo probablemente el más evidente que carece de un fundamento jurídico en el estado actual del Derecho de la Unión. En otras palabras, no existe una disposición semejante a la contenida en la *Human Rights Act* en virtud de la cual se habilite expresamente al legislador europeo para que interceda mediante una actividad de reforma legislativa conducente a eliminar todo acto o norma que socave las estructuras constitucionales fundamentales. Otra dificultad nada desdeñable sería el potencial abuso de una hipotética declaración de incompatibilidad europea y, muy especialmente, que la misma pudiera ser utilizada de manera espuria por parte de aquellos Estados miembros recalcitrantes en el incumplimiento de las obligaciones del Derecho de la Unión. Si acaso, como única ventaja de esta propuesta podría mencionarse que la misma podría concebirse como una última salida de naturaleza política que permitiera alcanzar un punto de encuentro que haya sido imposible de lograr en sede jurisdiccional.

De todos modos, no creemos que sea oportuno implantar una medida de estas características en el ordenamiento nacional a la vista de técnicas alternativas que son potencialmente aptas para resolver una controversia relacionada con la identidad nacional. Es cierto que, como hemos apuntado con anterioridad, es en el momento de la creación de normas cuando posibles disonancias entre la identidad nacional y el Derecho de la Unión pueden ser salvadas. Ahora bien, si no ha sido así y el conflicto ha llegado a sede judicial, no puede dilatarse más la búsqueda de una solución mediante la aplicación de mecanismos judiciales que permitan acomodar todos los intereses en juego.

2. Deferencia judicial

Una oportunidad propicia para concitar un acercamiento entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales nacionales en materia de identidad nacional puede surgir en atención a los concretos términos de resolver una cuestión prejudicial. Valiéndose de la naturaleza incidental de este instrumento procesal y de su singular flexibilidad, la Corte de Luxemburgo puede dar respuesta a las consultas elevadas con un grado variable de especificidad. Ese mayor o menor nivel de detalle en el modo de dictar

sentencia no es un resultado azaroso, sino que obedece a una decisión consciente que puede traer aparejadas relevantes repercusiones en las interacciones entre los órganos judiciales participantes en el espacio judicial europeo.

Es posible distinguir tres categorías básicas de deferencia judicial que se establecen en atención al nivel de concreción de las resoluciones judiciales emanadas del Tribunal de Justicia y de la consecuente discrecionalidad que conceden a los Tribunales nacionales. Estos dos elementos (grado de especificidad y discrecionalidad) se conjugan generalmente de manera inversa en el sentido de que cuanto mayor sea la concreción del fallo, menor será la libertad atribuida a las autoridades judiciales nacionales, y viceversa. Siguiendo la clasificación establecida por Tridimas, pueden diferenciarse cada una de estas tres tipologías bajo las etiquetas de *outcome cases*, *guidance cases* o *deference cases*, mencionadas en un orden creciente de deferencia en favor de los órganos jurisdiccionales nacionales[1015].

De un lado, el primero de tales supuestos (*outcome cases*) se caracteriza por el elevado grado de exhaustividad de la interpretación trasladada al Tribunal de remisión, lo cual comporta que el mismo deba limitarse a una sencilla tarea de aplicar una solución predeterminada. De otro lado, en cambio, la distinción entre la segunda y la tercera casuística no es siempre sencilla de apreciar y dependerá del grado de precisión del fallo por el que se contesta a la cuestión prejudicial, según sea bajo (*guidance cases*) o muy bajo (*deference cases*). En términos generales, puede afirmarse que el primero de ellos se caracteriza por contener una serie de directrices que guían el comportamiento del órgano juzgador, mientras que en el segundo apenas se refieren unos criterios tan generales que en la práctica está delegando en favor de los Tribunales nacionales la resolución del fondo del asunto. En cualquier caso, ambos comparten que esa deliberada falta de determinación en la contestación viene a dejar disponibles diferentes cursos de acción al Tribunal nacional. Sin lugar a dudas, estos dos últimos supuestos son especialmente aptos para desarrollar una estrategia de comunicación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales. Gracias a la promoción de cualquiera de estas dos alternativas, ambos órganos judiciales se convierten en copartícipes de la decisión final relacionándose con base en una difusa idea de subsidiariedad[1016]. Así las cosas, otorgan un suficiente margen de maniobra a las autoridades judiciales nacionales para que puedan de manera simultánea cumplir con las prescripciones obligatorias de la consulta incidental europea y salvaguardar los elementos constitucionales esenciales de los Estados miembros.

[1015] TRIDIMAS, TAKIS, «Constitutional Review of Member State Action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction», *op.cit.*, pp. 739-745. Una sistematización que apunta en una dirección parecida a la división tripartita de Tridimas es aquella elaborada por Sarmiento, que diferencia tres variantes de lo que ha denominado como silencio judicial: silencio completo, silencio parcial y «respuestas no oídas». *Vid.* SARMIENTO, DANIEL, «The Silent Lamb and the Deaf Wolves. Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU Law», *op.cit.*

[1016] TRIDIMAS, TAKIS, «Constitutional Review of Member State Action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction», *op.cit.*, p. 740.

Como regla general, una mayor deferencia hacia los Tribunales nacionales va a permitir que los mismos puedan acomodar la aplicación del Derecho de la Unión a aquellas particularidades jurídicas nacionales que presentan una mayor sensibilidad al erigirse el Tribunal de remisión en una suerte de representante y defensor de tales peculiaridades. Esta afirmación conlleva un cierto prejuicio en contra del Tribunal de Justicia presumiendo que el mismo va a tender a inclinarse en favor de una solución *pro communitate y* que la misma entra necesariamente en contradicción con los intereses nacionales. Aun reconociendo con carácter general este sesgo judicial[1017], no existe una perfecta correlación de manera que una mayor especificidad de una decisión judicial sirva necesariamente como un cauce para sentar criterios o precedentes judiciales favorables a una integración más acentuada y, al mismo tiempo, en detrimento de la identidad nacional[1018].

Este método de resolución judicial no es más que una expresión ordinaria de la arquitectura judicial compuesta de la Unión que, como no puede ser de otro modo, se manifiesta igualmente en aquellos asuntos relacionados con la identidad nacional. Tanto la jurisprudencia general como aquella que trata específicamente sobre tales conflictos adolecen de una misma tacha relativa a la imprecisión y la oscuridad a la hora de fijar unos criterios que nos permitan conocer de antemano cuando se va a conceder una intervención más amplia o más restringida a los Tribunales nacionales en el marco de una cuestión prejudicial. En ausencia de tales parámetros generales, un análisis específico de las sentencias sobre este tipo de conflictos pone de relieve que el recurso a este tipo de técnicas de deferencia judicial es bastante escaso y claramente minoritario, aunque, en todo caso, parecen florecer de manera más recurrente en la jurisprudencia más reciente a partir de la aprobación del Tratado de Lisboa. Entre los pocos casos en los que se ha recurrido a dicha técnica de manera pueden citarse los asuntos UGT-Rioja[1019], Runevič-Vardyn[1020] y Bogendorff[1021]. Frente a la escasa elaboración argumentativa de los dos primeros casos, en el tercero de ellos se esgrimió como justificación para conceder una significativa deferencia en favor del órgano jurisdiccional remitente el hecho de que el mismo se encontraba en una mejor posición que el Tribunal de Justicia para efectuar una ponderación de los diferentes elementos de hecho y jurídicos a los efectos de poder

[1017] THYM, DANIEL, «The Constitutional Dimension of Public Policy Justifications», en KOUTRAKOS, PANOS, NIC SHUIBNE, NIAMH y SYRPIS, PHIL, *Exceptions from EU Free Movement*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 176.
[1018] TRIDIMAS, TAKIS, «Constitutional Review of Member State Action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction», *op.cit.*, p. 752. Baste, en este sentido, el ejemplo del asunto Omega anteriormente analizado en el que a pesar de tratarse de una sentencia que podría incluirse en la categoría de un *outcome case*, la misma admitía claramente un nivel variable de protección de los derechos fundamentales entre los diferentes Estados miembros por razón de consideraciones de índole nacional.
[1019] STJUE de 11 de septiembre de 2008, UGT-Rioja, asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06, apartado 144.
[1020] STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn. C-391/09, apartado 77.
[1021] STJUE de 2 de junio de 2016, Bogendorff, C-438/14, apartado 78.

aplicar, tal y como estudiaremos en el próximo subapartado con más detalle, el conocido test de proporcionalidad[1022].

3. Test de proporcionalidad

3.1. Caracterización general del test de proporcionalidad en el Derecho de la Unión: análisis doctrinal y jurisprudencial

El test de proporcionalidad es una técnica judicial ampliamente conocida entre las jurisdicciones estatales como método para la resolución de controversias en aquellos casos en que existen intereses en conflicto[1023], siendo particularmente idónea para remediar enfrentamientos de naturaleza constitucional[1024]. Esta práctica presupone que los diferentes intereses contrapuestos carecen de un valor absoluto, no pueden ser susceptibles de una ordenación en términos de jerarquía y, consecuentemente, no se puede conocer de manera predeterminada cuáles van a prevalecer sobre otros, sino que habrá que atender a las concretas circunstancias fácticas del litigio[1025]. Este método es igualmente conocido y practicado en el seno de la jurisdicción europea, deteniéndonos tan solo en este punto en la aplicación del mismo en el contexto del Derecho de la Unión y, siendo aún más específicos, para aquellos casos en los que esté en juego la identidad nacional de un Estado miembro.

El principio de proporcionalidad ocupa un lugar privilegiado en el sistema jurídico supranacional, pues viene considerado en un sentido estricto como un principio general del Derecho de la Unión, es decir, informa a todo su ordenamiento jurídico y permea sobre todas las área del mismo[1026]. No habiendo sido reconocido de manera expresa en

---

[1022] *Ibidem*: «A diferencia del asunto que dio lugar a la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein (C-208/09), la apreciación del carácter proporcionado de una práctica como la controvertida en el litigio principal requiere un análisis y una ponderación de diversos elementos jurídicos y de hecho propios del Estado miembro interesado que el órgano jurisdiccional remitente está en mejor posición de efectuar que el Tribunal de Justicia».

[1023] Esta es una técnica aplicada más allá de las fronteras europeas, siendo puesta en práctica por jurisdicciones integradas en un amplísimo número de Estados. En concreto, su extraordinaria difusión se ha asociado a la ola de constitucionalismo liberal, que ha experimentado una proyección mundial tras el final de la Segunda Guerra Mundial. *Vid.* BEATTY, DAVID D., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004; STONE SWEET, ALEC Y MATHEWS, JUD, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47, 2008.

[1024] KLATT, MATTHIAS Y MEISTER, MORITZ, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

[1025] Este es un debate en el que diferentes sectores doctrinales han sostenido posiciones muy diferentes e, incluso, abiertamente contrarias. No siendo oportuno entrar en mayores detalles sobre este punto, baste mencionar que los principales representantes de ambas corrientes -ya sea en defensa del valor relativo de los principios y derechos, ya sea reconociéndoles un valor absoluto- son Robert Alexy y Ronald Dworking, respectivamente. *Vid*. ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014; DWORKING, RONALD, *Taking Rights Seriously*, London Duckworth, Londres, 1977.

[1026] Para un estudio general del principio de proporcionalidad en el Derecho de la Unión, *vid*. BÚRCA, GRÁINNE DE, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European*

los Tratados fundacionales, este principio fue proclamado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a partir del asunto Internationale Handeslgesellschaft[1027] por influencia de la jurisdicción administrativa alemana y francesa[1028]. En la actualidad, es un principio general del Derecho de la Unión incorporado en los propios Tratados constitutivos[1029], siendo elevado incluso a la categoría de principio constitucional por un sector de la doctrina que lo equipara en importancia a los principios de primacía y de efecto directo[1030]. En términos generales, puede afirmarse que el mismo cumple una triple función: control de los actos y normas de la Unión, control de los actos y normas de los Estados miembros y disciplina el ejercicio de los competencias de la Unión (artículos 5.1 y 5.4 TUE, y Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad)[1031]. Entre todas ellas, nos interesan únicamente las dos primeras, en la medida en que la tercera se desenvuelve en un ámbito que no nos concierne en este estudio, relativo al ejercicio por parte de la Unión de las competencias que le han sido atribuidas.

Desde el punto de vista de su operatividad en sede judicial, el test de proporcionalidad requiere de una aplicación en tres pasos o fases sucesivas, a saber: adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*[1032]. En primer lugar, el requisito de la adecuación exige que la medida adoptada sea objetivamente idónea para alcanzar el propósito perseguido. Expresado en otros términos, implica una relación de causalidad entre el fin pretendido y los medios empleados. En concreto, existen ciertas dudas sobre la exacta comprensión de la idea de adecuación, si bien de un estudio de la jurisprudencia

---

Law, núm. 13, 1993; ELLIS, EVELY (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1999; EMILIOU, NICHOLAS, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Springer, Berlín, 1996; JANS, JAN H., «Proportionality Revisited», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 27, vol. 3, 2000; TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EC Law*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 136 y ss.

[1027] STJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, apartado 3. Coincide la doctrina en señalar que el asunto Internationale Handelsgeselschaft representó la primera ocasión en que el mismo fue reconocido de manera expresa, si bien existen pronunciamientos anteriores de los que puede derivarse implícitamente. TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EC Law*, *op.cit.*, p. 141. *Vid.* STJCE de 29 de noviembre de 1956, Fédération Charbonnière de Belgique, 8/55; STJCE de 13 de julio de 1962, Mannesmann, 19/61.

[1028] HARBO, TOR-INGE, «The Function of the Proportionality Principle in EU Law», *European Law Journal*, núm. 16, vol. 2, 2010, p. 159; SAUTER, Wolf, «Proportionality in EU Law: A Balancing Act», *op.cit.*, p. 442.

[1029] Artículo 5.1 TUE, artículo 5.4 TUE, artículo 192.5 TFUE, artículo 276 TFUE, artículo 296 TFUE y Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

[1030] SAUTER, WOLF, «Proportionality in EU Law: A Balancing Act», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 15, 2013, p. 442.

[1031] TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EC Law*, *op.cit.*, p. 137.

[1032] Estos pasos han sido verbalizados de manera clara por parte de la jurisprudencia europea. Por todas, *vid.* STJCE de 13 de noviembre de 1990, Fedesa, C-331/88, apartado 13: «El principio de proporcionalidad, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. En virtud de este principio, la legalidad de la prohibición de una actividad económica está supeditada al requisito de que las medidas de prohibición sean apropiadas y necesarias para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos».

europea parece exigirse algo más que una mera «utilidad» para la consecución de los fines sin que sea necesario que el acto o norma en cuestión sean «indispensables»[1033]. En segundo lugar, se entenderá que concurre el requisito de la necesidad cuando las medidas no vayan más allá de lo estrictamente necesario o, lo que es lo mismo, que sea la menos lesiva entre cuántas alternativas sean posible adoptar. Por último, el tercer escalón de este control judicial impone que los beneficios obtenidos por la medida de que se trate no pueden ser inferiores que los perjuicios causados. En este caso, se introduce un examen basado en una ponderación de costes y beneficios.

Presentado el esquema general de esta técnica de control judicial, lo cierto es que la praxis judicial europea revela que rara vez se lleva a cabo un análisis completo en el que se apliquen sucesivamente estos tres pasos. Por un lado, el test de adecuación no suele plantear mayores problemas a los efectos de superar el umbral del control judicial. Por otro, el test de proporcionalidad en un sentido estricto en muy pocas ocasiones es ejercido en la práctica. Todo ello hace que en la mayoría de los casos el escrutinio judicial se limite a un mero control de necesidad. A este respecto, la doctrina ha subrayado repetidamente el desequilibrio entre la rigidez del control ejercido por el Tribunal de Luxemburgo, que es más atenuado para el caso de los actos o normas de la Unión y, por el contrario, es más exigente cuando se examina actos o normas de los Estados miembros[1034]. De este modo, las medidas europeas son observadas desde un prisma más benévolo de acuerdo con el cual las mismas no superarán el control judicial solo cuando sean manifiestamente desproporcionadas, mientras que las medidas nacionales se someterán a un criterio más severo en el que se evaluará la existencia de alternativas menos restrictivas. En consecuencia, existe una crítica coincidente en la doctrina sobre una inclinación por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia tendente a favorecer una mayor integración[1035].

La aplicación del test de proporcionalidad en el Derecho de la Unión presenta dos relevantes implicaciones desde el punto de vista constitucional, esto es, afecta a las relaciones entre el poder judicial y el poder legislativo e igualmente a la división de poderes entre los Estados miembros y la Unión[1036]. De un lado, cuanto mayor sea la intensidad del control judicial a la luz del principio de proporcionalidad, mayor será el peso otorgado a la jurisdicción europea en detrimento del legislador nacional[1037]. En efecto, la puesta en práctica de esta técnica puede comportar un cierto grado de discrecionalidad por parte del Tribunal de Luxemburgo, que puede ser especialmente marcada en el caso del test de proporcionalidad *stricto sensu* en el que corresponde al órgano juzgador identificar los intereses en conflicto, asignarles un valor relativo y, por último, ponderar cual debe prevalecer en el caso concreto. En tales casos, el equilibrio

---

[1033] JANS, JAN H., «Proportionality Revisited», *op.cit.*, p. 243.
[1034] BÚRCA, GRÁINNE DE, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *op.cit.*, p. 146; SAUTER, WOLF, «Proportionality in EU Law: A Balancing Act», *op.cit.*, p. 445; TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EC Law, op.cit.*, p. 138.
[1035] SAUTER, WOLF, «Proportionality in EU Law: A Balancing Act», *op.cit.*, p. 452.
[1036] JANS, JAN H., «Proportionality Revisited», *op.cit.*, p. 242.
[1037] *Ibidem.*

entre principios y derechos acordado en la legislación puede ser alterado en manos del Tribunal europeo con todos los problemas de legitimidad que esta dinámica judicial trae consigo.

De otro lado, existe innegables repercusiones por lo que respecta a la distribución de competencias vertical Estados miembros-Unión, siendo así que el Tribunal es reticente a llevar a cabo un escrutinio pormenorizado cuando se trate de una materia sobre la que los Estados miembros sigan disponiendo de importantes poderes[1038]. Así las cosas, no puede extrañar que el grado de armonización sea un criterio determinante empleado por la jurisprudencia europea a la hora de fijar el grado de exigibilidad del control judicial ejercido[1039]. En estas circunstancias, dicho control será más incisivo cuando se trate de un área normativa sobre la que exista un importante grado de armonización, llevando a cabo una supervisión menos estricta en aquellos casos en los que se trate de ámbitos competenciales en los que los Estados ostenten importantes potestades.

A modo de valoración general, existe una percepción de que la aplicación del principio de proporcionalidad es «relativamente compleja y no siempre consistente»[1040]. En esta misma línea, afirma De Búrca que «la manera en que se aplica el principio de proporcionalidad por parte del Tribunal de Justicia cubre un espectro que varía de una aproximación muy deferencial a un examen muy riguroso sobre la justificación de la medida que ha sido impugnada»[1041]. En todo caso, parece existir consenso entre la doctrina sobre algunos criterios adoptados reiteradamente por la jurisprudencia supranacional que pueden servirnos de guía. Se suele mencionar que una mayor exigencia en el control judicial de la proporcionalidad de un acto o norma nacional dependerá de la naturaleza y de la importancia de los intereses de la Unión que sean susceptibles de ser lesionados[1042]. En otras palabrasen , «cuanto más severo sea el impacto sobre el interés u objetivo de la Comunidad, más bajo será el grado de deferencia que mostrará el Tribunal con la medida nacional, incluso si la naturaleza de la justificación del Estado es una que generalmente llevaría al Tribunal a respetar el examen de necesidad efectuado por el Estado»[1043]. Por el contrario, llevará a cabo un control más superficial cuando la intervención del mismo se produzca en un ámbito normativo en los que la Unión goce de competencias limitadas o cuando el litigio aborde una cuestión que incorpore consideraciones nacionales sobre la que se estime oportuno un mayor protagonismo de

---

[1038] *Ibid*. p. 264. *Vid*. STJCE de 24 de marzo de 1994, Schindler, C-275/92; STJCE de 17 de octubre de 1995, Leifer, C-83/94; STJCE de 15 de junio de 1999, Heinonen, C-394/97; STJCE de 21 de septiembre de 1999, Läara, C-124/97.

[1039] *Ibid.*, pp. 250-251; SAUTER, WOLF, «Proportionality in EU Law: A Balancing Act», *op.cit.*, p. 453. *Vid*. STJCE de 19 de marzo de 1998, Compassion in World Farming, C-1/96; STJCE de 11 de mayo de 1999, Monsees, C-350/97.

[1040] SAUTER, WOLF, «Proportionality in EU Law: A Balancing Act», *op.cit.*, p. 466.

[1041] BÚRCA, GRÁINNE DE, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *op.cit.*, p. 111.

[1042] JANS, JAN H., «Proportionality Revisited», *op.cit.*, p. 264.

[1043] BÚRCA, GRÁINNE DE, "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *op.cit.*, p. 126.

las jurisdicciones nacionales que tienen un conocimiento más profundo sobre las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean al mismo.

3.2. Aplicación del test de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre la identidad nacional

Existe una visión mayoritariamente compartida entre la doctrina sobre la particular idoneidad de un ejercicio de ponderación para encauzar aquellos enfrentamientos de naturaleza constitucional en los que sea invocada una quiebra de la identidad nacional[1044]. El test de proporcionalidad se erige así como una técnica conveniente para la resolución del dilema fundamental que subyace a este tipo de conflictos, que no es otro que el de dirimir el punto de equilibrio entre la diversidad constitucional de los Estados miembros y la integración europea. Son dos principios potencialmente contradictorios, aunque no por ello necesariamente inconciliables, en el sentido de que la promoción de uno va generalmente en detrimento del otro, y viceversa. Expresado en otros términos, atender preferentemente a las estructuras constitucionales nacionales puede tener como efecto una integración menos intensa -o, cuanto menos, una integración diferenciada que admita una menor uniformidad en el orden compuesto europeo- y, por otro lado, una mayor profundización en el proyecto común europeo determinará un mayor grado de homogeneización, pudiendo entrar en contradicción con el respecto a ciertos particularismos jurídicos estatales.

Ambos principios, el respeto a la identidad nacional y la defensa de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, se configuran como obligaciones que recaen sobre la propia Unión, y no como intereses defendidos por los Estados miembros y la Unión, respectivamente[1045]. Resolver estos desencuentros con sujeción al test de proporcionalidad viene a confirmar que tales intereses poseen un valor relativo y que ninguno de ellos puede prevalecer sobre el otro con carácter general, correspondiendo atender a las circunstancias fácticas y jurídicas del litigio para determinar cuál de ellos debe imponerse en un concreto conflicto judicial.

La aplicación del test de proporcionalidad no se presenta para algunos autores como una mera oportunidad o conveniencia para canalizar los conflictos sobre la identidad nacional, sino que incluso una parte de la doctrina lo ha interpretado como un imperativo derivado de la propia letra de los Tratados cuando utiliza el término

---

[1044] *Vid*., por todos, BESSELINK, LEONARD, «Respecting Constitutional Identity in the EU», *op.cit.*, pp. 692-693; CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law*, *op.cit.*, pp. 195-224; VAN DER SCHYFF, GERHARD, «The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4 (2) TEU», *op.cit.*, p. 579; VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, pp. 1441-1443.

[1045] CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law*, *op.cit.*, p. 196.

«respetar»[1046]. Sea como fuere, y trascendiendo el análisis doctrinal, no cabe duda de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha utilizado de manera recurrente esta técnica judicial cuando ha estado en cuestión la identidad nacional de un Estado miembro[1047]. En estas circunstancias, conviene examinar su aplicación por parte del Tribunal europeo a los efectos de conocer los concretos términos en que el mismo es utilizado.

Considerado el empleo reiterado de este método por parte de la jurisdicción europea, partamos del estudio del previamente analizado asunto Sayn-Wittgenstein. La elección de esta decisión judicial se justifica por tratarse de la primera sentencia dictada en esta materia con posterioridad a la entrada en vigor al Tratado de Lisboa -fecha partir del cual la escasa jurisprudencia sobre esta materia empieza a despuntar y cuando existe un consenso sobre la plena justiciabilidad del artículo 4.2 TUE-, y por llevar a cabo una aplicación nítida de esta técnica judicial. A todo ello puede sumarse que sucesivas resoluciones judiciales relativas a la identidad nacional parecen haber adoptado una aproximación similar sobre este punto.

Recordemos que este fallo versaba sobre la decisión de una autoridad austriaca de modificar la inscripción del apellido de una nacional en el Registro Civil de Viena por aludir a orígenes nobiliarios. En estas circunstancias, este litigio fue enmarcado como un clásico conflicto en el que debe examinarse la admisión de circunstancias de índole constitucional como una excepción al ejercicio de una de las libertades fundamentales del mercado interior. Para que fuese reconocido un obstáculo de estas características a la libre circulación de personas, el Tribunal de Justicia exigía que aquel obedeciera a consideraciones objetivas y fuera proporcionado[1048]. Pues bien, se reconoció que la abolición de la nobleza en la República de Austria era una decisión constitucional expresiva de su identidad nacional, interpretándose que la misma constituía una justificación objetiva subsumible en la categoría de orden público, que constituye una excepción contemplada en los Tratados a la libertad fundamental en juego (artículo 45.3 TFUE). Cumpliéndose el primero de los dos requisitos exigidos para admitir que la decisión nacional suponía una restricción legítima, restaba examinar si la misma era proporcionada. En línea con una consolidada jurisprudencia, recordó el Tribunal europeo que el concepto de orden público como excepción a la una libertad fundamental debía ser interpretado en un sentido estricto, pudiendo ser estimado solo en caso de que existiera una amenaza real y suficientemente grave que afectase a un interés fundamental de la sociedad[1049]. Finalmente, declaró que la medida adoptada por la autoridad nacional no era desproporcionada, habiendo sido decisiva la oportuna invocación de la identidad nacional

[1046] VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1441.
[1047] Es posible identificar claramente el uso de este método para la resolución de conflictos sobre la identidad nacional al menos en las siguientes sentencias: STJCE de 28 de noviembre de 1989, Groener, C-379/87; STJCE de 2 de julio de 1996, Comisión c. Luxemburgo, C-473/93; STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09; STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09; STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Luxemburgo, C-51/08; STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11; STJUE de 2 de junio de 2016, Boggendorff, C-438/14; STJUE de 5 de junio de 2018, Coman, C-673/16.
[1048] STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, apartado 81.
[1049] *Ibid.*, apartado 86.

como un criterio determinante para que se aplicara un test de proporcionalidad particularmente laxo. En consecuencia, se puede apreciar cómo la identidad nacional puede influenciar decisivamente la interpretación de los dos criterios desarrollados jurisprudencialmente («consideraciones objetivas» y «proporcionalidad»), de tal manera que el Tribunal de Justicia sea más proclive a admitir un acto o norma nacional restrictiva de las libertades fundamentales.

Este precedente judicial ha sentado un patrón claro respecto del papel que va a jugar la identidad nacional en el marco de los litigios sobre la admisibilidad de medidas nacionales que, siendo una manifestación de la identidad nacional de un Estado miembro, puedan constituir un obstáculo al mercado interior. Como bien sabemos, el uso judicial por excelencia de esta categoría ha tenido lugar en este concreto contexto en tanto que excepción cualificada a las libertades fundamentales, sirviendo para desequilibrar el test de proporcionalidad en favor de una mayor sensibilidad hacia la protección de elementos constitucionales fundamentales de los Estados miembros. Una aplicación muy semejante se puede apreciar en otros casos posteriores como en el asunto Runevič-Vardyn donde fue invocada la lengua nacional como un valor constitucional esencial susceptible de justificar una limitación a la libertad de circulación. De nuevo, se reconoció que la identidad nacional debía considerarse como un objetivo legítimo y, al mismo tiempo, se declaró expresamente que la misma debía ser tenida en cuenta para aplicar el test de proporcionalidad[1050]. Si acaso, la diferencia entre uno y otro asunto reside en que en este caso la aplicación de ese test fue remitida al Tribunal nacional, no siendo apreciable el grado de exigencia o laxitud practicado que, en todo caso y atendiendo a los criterios indicados por el Tribunal de Luxemburgo, son relativamente amplios.

Ahora bien, la alegación en un litigio de la identidad nacional como una excepción cualificada a las libertades fundamentales y la toma en consideración de la misma como factor a considerar en el test de proporcionalidad, no predetermina una sentencia favorable a admitir una restricción vinculada a la identidad nacional. En este sentido, son claros ejemplos los asuntos Comisión Europea c. Luxemburgo y Las. En ambos casos, se pretendía, a todas luces, otorgar un valor exorbitante a la identidad nacional y, por ello, acierta el Tribunal de Justicia cuando declara las medidas nacionales controvertidas como manifiestamente desproporcionadas[1051].

A modo de balance general de las diferentes técnicas de resolución de conflictos sobre la identidad nacional, merecen una valoración desigual por lo que se refiere a su aptitud para dar una respuesta satisfactoria a este tipo de controversias.

De un lado, están aquellas medidas que encajan dentro de la tipología de *self-restraint*. A pesar de que, en un sentido general, sea aconsejable que las máximas autoridades judiciales europeas se comporten con circunspección y contención en el uso

[1050] STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09, apartado 87.
[1051] STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Luxemburgo, C-51/08, apartado 124; STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11, apartado 33.

de sus atribuciones jurisdiccionales, llegamos a una conclusión distinta cuando analizamos individualmente las específicas técnicas incluidas en esa categoría. Ni la presunción de protección equivalente ni la declaración de compatibilidad resultan recomendables cuando nos enfrentamos a litigios relativos a la identidad nacional, ya sea porque no promueven una relación dialéctica más estrecha entre tribunales, ya sea porque pueden dilatar estos conflictos o delegar su respuesta a órganos políticos que, en su caso, hubiera sido preferible que intervinieran antes. En cuanto a la aplicación de un mecanismo análogo al margen de apreciación nacional en el ordenamiento supranacional, la jurisprudencia europea ya se ha pronunciado reconociéndole una aplicabilidad muy limitada.

De otro lado, una valoración distinta merecen tanto la deferencia judicial como el test de proporcionalidad. Ambas se presentan como pautas judiciales que pueden ser útiles a los efectos de lograr un equilibrio entre el debido respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, por un lado, y los principios fundamentales del Derecho de la Unión. Como se ha explicado, ninguna de ellas predetermina un resultado en favor de uno u otro interés, sino que es imprescindible una valoración de las concretas circunstancias del litigio para estimar si existe o no una intromisión a dichos intereses, cuál debe prevalecer en el caso controvertido y a qué nivel judicial corresponde la última decisión (y, en su caso, con qué grado de discrecionalidad debe resolver en atención a las pautas establecidas desde el Tribunal de Justicia). Para terminar, únicamente subrayar la idoneidad del test de proporcionalidad para dar respuesta a este tipo de conflictos. En este sentido, téngase presente que se trata de una práctica de larga tradición en las jurisdicciones estatales y supranacional, existe un amplio acuerdo entre la doctrina sobre su pertinencia, la propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo la ha empleado en varias ocasiones para este tipo de controversias y está especialmente diseñada para solventar conflictos en los que median intereses contrapuestos de naturaleza constitucional.

CAPÍTULO QUINTO

IDENTIDAD NACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UN ESPECÍFICO ÁMBITO DE APLICACIÓN

I. Breve aproximación histórica al nacimiento y evolución de un sistema de derechos fundamentales en la Unión: la irrupción de la Carta

La conformación de un espacio europeo de derechos fundamentales es el producto derivado de un proceso de décadas de continua transformación que ha resultado en un escenario caracterizado por una rica y compleja pluralidad normativa e institucional. Una de las notas definitorias de este sistema europeo es la concurrencia de una multiplicidad de declaraciones de derechos fundamentales o humanos (Constituciones nacionales, CDFUE y CEDH) y de órganos jurisdiccionales como máximos intérpretes de los mismos (Tribunales Constitucionales, TJUE y TEDH) en un marco de intrincadas relaciones triangulares[1052]. La complejidad de este sistema reside sustancialmente en que no existe un mero y simplista solapamiento o repetición de fuentes normativas y de órganos judiciales, sino que cada uno de tales catálogos de derechos y Tribunales presenta una identidad y finalidad propias[1053]. En este particular contexto, la adopción y posterior entrada en vigor de la Carta en diciembre del año 2009 constituyó un avance cualitativo como consecuencia de la formalización de una realidad jurídica esencialmente fragmentaria y de matriz jurisprudencial en un único texto jurídico que la venía a dotar de una ansiada sistematización[1054].

Un análisis riguroso sobre las particularidades de esta parcela jurídica y, en especial, sobre el papel que juega en la misma la identidad nacional no puede llevarse a cabo con abstracción o sin una sucinta aproximación al *iter* histórico que ha desembocado en esta *crowded house* europea[1055]. Aun así, por tratarse de una cuestión repetidamente

---

[1052] En puridad, además de los textos jurídicos previamente citados, intervienen en este sistema europeo de derechos fundamentales un considerable número de Tratados internacionales para la protección de los mismos de los que los Estados miembros y/o la Unión son parte. Aun así, los arriba enunciados presentan una particular importancia por tratarse de declaraciones integradas por una tipología plural de derechos (y no especializados en una esfera concreta como puede ser, por ejemplo, el caso de la Carta Social europea) y por contar con un Tribunal especializado en el marco de su diseño institucional.

[1053] *Vid*. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «Unos derechos, tres tribunales», en CASAS BAHAMONDE, MARÍA E., DURÁN LÓPEZ, FEDERICO y CRUZ VILLALÓN, JESÚS (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución europea. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodriguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Wolters Kluwers, Madrid, 2006, pp. 1009-1013.

[1054] Sobre la imprescindible e improrrogable necesidad de contar con un catálogo de derechos fundamentales en una comunidad de derecho como es la Unión, *vid*. CALLIES, CHRISTIAN, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union», en EHLERS, DIRK (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Berlín, 2007, pp. 518-520. Adoptando una posición contraria y crítica al impulso de una agenda codificadora, *vid*. WEILER, JOSEPH H.H., «Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?», *European Law Journa*l, núm. 6, 2000.

[1055] *Vid*. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «Rights in Europe: The Crowded House», *Working Papers in European Law*, 01/2012, 2012.

estudiada y divulgada por la doctrina[1056], nos limitaremos a ofrecer una escueta síntesis de la misma en las próximas líneas.

Es sobradamente conocida la ausencia de los derechos fundamentales en los albores de la integración europea allá por la década de los años cincuenta del siglo pasado y, en consecuencia, no es posible encontrar una expresión de los mismos en los Tratados originarios (Tratado de París de 1951, Tratado de la CEEA de 1957 y Tratado de Roma de 1957). Este silencio normativo es debido, entre otras circunstancias, si bien principalmente, a dos órdenes de razones: a que la atención primordial de los padres fundadores se concentró en la creación de una comunidad con ámbito de actuación muy limitado -como lo fue principalmente la constitución de un mercado común- y a un afán más modesto después de los ambiciosos y fracasados proyectos de Tratado que habrían alumbrado la Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea en 1954[1057]. En estas circunstancias, esta situación de anomia vino a ser contrarrestada por una dinámica actividad del Tribunal de Justicia cuyo protagonismo fue decisivo a la hora de incorporar los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

Tras una primera actitud renuente de la jurisprudencia europea a integrar los derechos fundamentales en el acervo comunitario[1058], el TJCE terminó por proclamarlos bajo la forma de principios generales a finales de los años sesenta[1059]. La determinación del Tribunal europeo por asumir en el seno de su ordenamiento esta categoría jurídica ha merecido la atención de la doctrina, que ha especulado sobre las posibles motivaciones que pudieron subyacer a esa decisión. En particular, se han apuntado dos razones principales que pudieran estar en el origen del descubrimiento de los derechos fundamentales por parte de la Corte de Luxemburgo, a saber: la garantía de la primacía y de la efectividad del Derecho comunitario («uso defensivo»), y la subordinación de tales

[1056] Para un análisis en profundidad acerca del nacimiento y evolución histórica del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, *vid*., por todos, WITTE, BRUNO DE, «The Role of the ECJ in Human Rights», en ALSTON, PHILIP (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001; SCHÜTZE, ROBERT, «Three "Bills of Rights" for the European Union», *Yearbook of European Law*, núm. 30, vol. 1, 2011.

[1057] Sobre las razones históricas de este vacío normativo, *vid*. PESCATORE, PIERRE, «The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities», *Human Rights Law Journal*, núm. 2, 1981, pp. 295-296; DAUSES, MANFRED, «The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order», *European Law Review*, núm. 10, 1985, pp. 398-400.

[1058] En un primer momento, el TJCE afirma en la capital sentencia Stork que «la Alta Autoridad únicamente ha de aplicar el Derecho comunitario, que carece de competencia para aplicar el Derecho interno de los Estados miembros; (…) que, por consiguiente, no puede entrar en el examen del motivo basado en que, al adoptar su Decisión, la Alta Autoridad ha vulnerado ciertos principios de Derecho constitucional alemán (en concreto, los artículos 2 y 12 de la Ley Fundamental)». STJCE de 4 de febrero de 1959, Stork, 1/58, apartado 4 a).

[1059] STJCE de 12 de noviembre de 1969, Stauder, 29/69, apartado 7: «Que, interpretada de este modo, la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia».

derechos a la pura lógica de una integración económica más intensa («uso ofensivo»)[1060]. Según algunos autores, esta última motivación revelaría una concepción meramente instrumental de los derechos fundamentales que habría permitido extender los poderes de la institución comunitaria a áreas previamente reservadas a los Estados miembros[1061]. Además, existe una amplia coincidencia en la doctrina sobre la consideración de esta nueva jurisprudencia como el resultado de la inquietud expresada y de la presión ejercitada por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales a inicios de la década de los años setenta del siglo pasado, particularmente el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Constitucional italiano, que mostraron su preocupación por la ausencia de un control de los actos y normas del Derecho comunitario a la luz de los derechos fundamentales[1062].

Desde los primeros compases de este devenir histórico, los teóricos de la integración fueron plenamente conscientes de las dificultades o fricciones que podría comportar la coexistencia entre las Constituciones nacionales y los principios del ordenamiento comunitario. En este sentido, no era difícil aventurar una eventual hipótesis en la que se sometiera a la consideración del juez comunitario una posible aplicación de la norma suprema nacional por estimarse que ciertos actos o normas de Derecho comunitario fueran contrarios a los derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales. Poner en práctica este razonamiento comportaría imponer un canon nacional a los efectos de enjuiciar la validez de Derecho comunitario, en sustitución del hasta entonces prevalente parámetro comunitario, lo cual supondría poner en cuestión la unidad y la eficacia del orden supranacional.

Precisamente, esta fue la justificación invocada por el TJCE en el asunto Internationale Handeslgesellschaft para rechazar el recurso a las Constituciones nacionales como canon para apreciar la validez del Derecho comunitario[1063]. Desde el punto de vista del Tribunal de Luxemburgo, este fue un movimiento necesario en aras de salvaguardar la unidad y la cohesión tanto del ordenamiento comunitario como del

---

[1060] Respecto de las expresiones «uso defensivo» y «uso ofensivo», *vid.* COPPEL, JASON y O'NEILL, AIDAN, «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?», *Common Market Law Review*, núm. 29, 1992, pp. 669-670.

[1061] Existe un amplio consenso en torno a la teoría defensiva del descubrimiento de los derechos fundamentales por parte del TJCE, si bien es más discutido que el que proceder de esta institución estuviera inspirado también en las motivaciones reflejadas en la teoría ofensiva. En defensa de la primera teoría, *vid.* WEILER, JOSEPH H.H., «Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities», *Washington Law Review*, núm. 61, 1986; SCHÜTZE, ROBERT, «Three "Bill of Rights" for the European Union», *op.cit.*, p. 133 (nota al pie núm. 13). Asumiendo la posición alternativa, *vid.* COPPEL, JASON y O'NEILL, AIDAN, «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?», *op.cit.*

[1062] *Vid.*, por todos, LENAERTS, KOEN y GUTIÉRREZ-FONS, JOSÉ A., «The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice», en PEERS, STEVE, HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, 2014, p. 1559.

[1063] STJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handeslgesellschaft, 11/70, apartado 3: «Considerando que el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario».

mercado común[1064]. No obstante, no puede obviarse que esta reacción fuera susceptible de generar dudas sobre el verdadero compromiso europeo en favor de los derechos fundamentales, los cuales quedaban desplazados a un segundo plano por mor de una defensa de la autonomía de un incipiente ordenamiento jurídico supranacional.

Retomando el recorrido histórico, la afirmación de que los derechos fundamentales constituían una parte integrante de los principios generales del ordenamiento comunitario adolecía de una evidente generalidad, que fue pronto subsanada -o, mejor dicho, enriquecida- por posteriores decisiones judiciales que dotaron a este sistema de un mayor grado de concreción. Así las cosas, el Tribunal de Justicia identificó en el asunto Nold dos fuentes primordiales de inspiración: las tradiciones constitucionales comunes y los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos[1065]. Entre estos últimos, la jurisprudencia afirmó posteriormente de forma expresa que el CEDH ocupa un lugar central al señalar, más concretamente, que el mismo reviste un «significado particular»[1066]. A partir de entonces, se inicia una etapa en la que el reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales fue fruto de una dinámica judicial individual o casuística a través de las sentencias del TJCE.

Esta construcción pretoriana de los derechos fundamentales fue objeto de un mayor refinamiento a resultas de su incorporación al texto de los Tratados. Así sucedió a partir del Acta Única Europea de 1986, que contemplaba una mención a los mismos en su Preámbulo[1067], referencia que fue posteriormente reforzada como consecuencia de su desplazamiento al articulado del Tratado de Maastricht de 1992 (artículo F)[1068]. De ahí en adelante, todas las versiones de los Tratados han contenido una cita expresa en virtud

---

[1064] STJCE de 13 de diciembre de 1979, Hauer, 44/79, apartado 14: «Establecer criterios particulares de apreciación a partir de la legislación o del ordenamiento constitucional de un determinado Estado miembro, iría en contra de la unidad material y de la eficacia del Derecho comunitario, y rompería ineluctablemente la unidad del mercado común poniendo en peligro la cohesión de la Comunidad».

[1065] STJCE de 14 de mayo de 1974, Nold, 4/73, apartado 13: «Considerando que, como ha sostenido el Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal;
que, al garantizar la protección de estos derechos el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados;
que los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario».

[1066] STJCE de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, apartado 18; STJCE de 21 de septiembre de 1989, Höechst, asuntos acumulados 46/87 y 227/88, apartado 13; STJCE de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, apartado 41.

[1067] Preámbulo del Acta Única Europea, párrafo 3: «DECIDIDOS a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social».

[1068] Artículo F del Tratado de Maastricht: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario».

de la cual se declara la obligación de respetar los derechos fundamentales. A pesar de las sucesivas reformas operadas a lo largo de los años, la cláusula originaria del artículo F resultó inalterada y fue mantenida en idénticos términos por los autores del Tratado de Ámsterdam de 1997 (artículo 6.2) y del Tratado de Niza de 2001 (artículo 6.2). Finalmente, la adopción del Tratado de Lisboa con su novedoso artículo 6 ha traído aparejada un verdadero cambio de estatus de los derechos fundamentales en la Unión. Así pues, en sintonía con lo prescrito previamente en la Constitución europea *non nata*, que presentaba una redacción muy similar a la actualmente vigente[1069], la última versión de los Tratados atribuye a los derechos fundamentales una centralidad y transversalidad desconocidas hasta entonces al otorgarles la condición de valores de la Unión (artículo 2 TUE)[1070].

Este brevísimo recorrido cronológico sobre la progresiva incorporación de los derechos fundamentales en el *corpus* jurídico europeo llega a su fin con la adopción de la Carta, que va a comportar un cambio decisivo debido a su formulación como un texto jurídico único y autónomo[1071]. Su propósito no es el de sustituir *in toto* a las Constituciones nacionales con las que está destinada a coexistir[1072], sino, más bien, tal y como avanza el propio Preámbulo de la Carta, reforzar la protección de los mismos «haciéndolos más visibles»[1073]. Se conjugan en este momento elementos de evidente

---

[1069] Artículo I-9 Tratado Constitucional: «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II.
2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución.
3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales».

[1070] Artículo 2 TUE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

[1071] La autonomía de la Carta y, más concretamente, su inclusión o no en el propio texto de los Tratados fue una cuestión ampliamente debatida tanto en los trabajos que desembocaron en la aprobación del Tratado de Niza como en la Convención sobre el futuro de europea encargada de redactar el borrador de Constitución Europea. En el primer caso, se decidió no incorporar la Carta a los Tratados constitutivos, despojándola de todo valor vinculante, y, por contra, el fracasado Tratado Constitucional la ubicó en su Parte II integrándola plenamente en su articulado. No será hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa cuando la misma ostentará pleno valor jurídico mediante el reconocimiento del carácter vinculante de sus derechos. *Vid.* ALONSO GARCÍA, RICARDO y SARMIENTO, DANIEL, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

[1072] CARTABIA, MARTA, «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *op.cit.*, p. 18.

[1073] Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, párrafo 4: «To this end, it is necessary to strengthen the protection of fundamental rights in the light of changes in society, social progress and scientific and technological developments by making those rights more visible in a Charter». Nótese que dicha mención (*by making those rights more visible in a Charter*) no aparece expresamente contenida en la versión oficial en la lengua española y, de ahí, que hayamos optado por transcribir esta versión lingüística visto que dicho inciso ha sido referido en numerosas ocasiones por la doctrina para subrayar la *ratio legis* que ha justificado su promoción.

continuidad con otros de auténtica transformación que son fruto; por un lado, de una evolución ininterrumpida que, por consiguiente, no viene a crear un sistema de protección *ex novo* completamente ausente en el ordenamiento europeo; por otro, debido a la potente carga transformadora que se desprende de la constitucionalización de tales derechos[1074]. Asimismo, cabe señalar que la aprobación de la Carta no nos sitúa en un punto de llegada que nos ofrezca una imagen definitiva del sistema de derechos fundamentales aplicable en el espacio de la Unión Europea, sino que, en rigor, nos ubica ante un nuevo escenario caracterizado por una marcada apertura y dinamismo[1075]. En efecto, nos enfrentamos a un contexto relacional abierto y en continua renovación entre tres vértices -nacional, europeo e internacional- en el que, a los efectos de ofrecer un marco normativo coherente y funcional, la Carta contempla una regulación en la que se ofrecen las principales pautas para su interrelación.

II. Derechos fundamentales como expresión de la identidad de una comunidad política

La decidida apuesta europea por incurrir en el ámbito de los derechos fundamentales, cuya máxima expresión viene representada por la aprobación de la Carta, puede reconocerse como un claro síntoma del reiteradamente invocado proceso de constitucionalización de la integración[1076]. Esta ambiciosa vocación *iusfundamental* puede dar cobijo a dos corrientes de signo contrario y complementario: una de ellas como fuente de unión o convergencia que refuerza el proyecto de integración europea y otra como factor de desunión o divergencia que se encuentra en el origen de tensiones en la relación entre los Estados miembros y la Unión. Precisamente, es en el segundo de estos escenarios en el que la cláusula de identidad nacional puede presentar una operatividad limitada en el específico ámbito de los derechos fundamentales, interesando particularmente delimitar con precisión ese teórico espacio de conflicto.

1. Derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo: una fuente de convergencia

La idea de la fuerza integradora que comporta la aprobación de un catálogo de derechos es ampliamente compartida por la doctrina científica, siendo esta tesis particularmente idónea para el caso de sistemas políticos compuestos, entre los que podemos situar a la actual Unión Europea[1077]. En este sentido, es posible señalar al menos

[1074] CARMONA CONTRERAS, ANA, «El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones nacionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, p. 16.
[1075] *Ibidem*.
[1076] PÉREZ TREMPS, PABLO, «Constitución española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pp. 103-104.
[1077] BÚRCA, GRÁINNE DE, «The Language of Rights and European Integration», en SHAW, JO y MORE, GILLIAN (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 33;

tres manifestaciones que evidencian el papel de los derechos fundamentales como promotores de una mayor unidad.

En primer lugar, la paulatina consolidación de la Unión imponía de manera improrrogable que todo el creciente poder público que iba asumiendo estuviera sometido a la observancia de los derechos fundamentales. En efecto, este es uno de los rasgos definitorios de todo Estado de derecho y, en consecuencia, era un presupuesto inexcusable por el que debía regirse igualmente la Unión[1078]. En segundo lugar, la adopción de un catálogo común de derechos puede contribuir a dotar de mayor legitimidad a la Unión Europea frente a las clásicas y persistentes críticas sobre su déficit democrático, entre las cuales estaba muy presente el papel accesorio que han ocupado tradicionalmente los derechos fundamentales en el proceso de integración[1079]. Por último, para quienes asumen una concepción universalizable de los derechos humanos, un firme compromiso en favor de los mismos constituye una empresa que puede fácilmente generar complicidades entre los diferentes pueblos europeos[1080].

Para terminar con estas breves consideraciones en relación a los derechos fundamentales en tanto que espacio de encuentro o en común entre los diferentes Estados miembros, un ejemplo ilustrativo de su realización en la práctica nos lo ofrece el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, el mismo ha favorecido una tendencia hacia la convergencia, motivada, entre otras circunstancias, por haber aunado bajo una misma organización internacional -cuyo propósito declarado es el de «la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales»[1081]- a 47 Estados europeos, entre los cuales se encuentran, sin excepción, todos los Estados integrantes de la Unión Europea; la ratificación por parte de todos ellos del Convenio de Roma de 1950, así como una serie de Protocolos adicionales; el sometimiento voluntario de todas las Partes Contratantes a la jurisdicción del TEDH encargado de velar por el recto cumplimiento del mencionado instrumento internacional;

EECKHOUT, PIET, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», *Common Market Law Review*, núm. 39, vol. 5, 2002, p. 945.

[1078] Desde un punto de vista estricto, y a pesar de que los Tratados declaran que el Estado de Derecho es uno de los valores en que se fundamenta la Unión (artículo 2 TUE), la misma -ya sea en su propia legislación, ya sea en su jurisprudencia- nunca se ha definido a sí misma como un Estado de Derecho. Ahora bien, esta circunstancia bien podría explicarse por las reticencias que puede generar el uso del término «Estado» para referirse a dicha entidad supranacional. En todo caso, en un claro ejemplo de la característica creatividad del Tribunal de Justicia, esto no ha impedido que haya acudido a un término equiparable y menos controvertido como es el de «comunidad de Derecho». *Vid*. STJCE de 23 de abril de 1986, Los Verdes c. Parlamento, 294/83, apartado 23: «la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado». Más recientemente, *vid*. STJCE de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 281.

[1079] BÚRCA, GRÁINNE DE, «Fundamental Rights and citizenship», en WITTE, BRUNO DE (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2003, pp. 17-18.

[1080] Sobre el clásico debate entre universalidad y relativismo cultural de los derechos humanos, *vid*. DONNELLY, JACK, «Cultural Relativism and Universal Human Rights», *Human Rights Quaterly*, núm. 6, vol. 4, 1984.

[1081] Artículo 1.b Estatuto de Londres de 1949.

la labor jurisprudencial desarrollada durante sus seis décadas de funcionamiento, que ha permitido consolidar la interpretación y aplicación de los derechos humanos que reconoce y protege.

En definitiva, puede afirmarse que el sistema de protección de derechos construido al abrigo del CEDH ha contribuido a una progresiva aproximación entre los diferentes pueblos europeos gracias a haber logrado afianzar un espacio en el que es posible compartir unas bases *iusfundamentales* comunes. Expresado en otros términos, se verifica la existencia de una cultura común europea sobre los derechos fundamentales al constatarse la conformación de un régimen con un significativo nivel de homogeneización. Se presenta, pues, como un campo particularmente idóneo para crear un sentido de comunidad que trascienda las clásicas fronteras nacionales. Este resultado es susceptible de alcanzarse igualmente en el concreto espacio de la Unión, que puede resultar potenciado por razón de las dosis de autonomía, uniformidad y coherencia que trae consigo la entrada en vigor de la Carta.

2. Derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo: una fuente de divergencia

No obstante lo anterior, los derechos fundamentales en Europa presentan igualmente una vertiente centrífuga con una potencialidad conflictiva por lo que se refiere a la relación entre el plano nacional y el supranacional. A este respecto, podemos citar dos posible causas que se encuentran en el origen de estas tensiones: el relativismo parcial de los derechos fundamentales y la competencia jurisdiccional sobre los mismos en el espacio jurídico europeo[1082].

El clásico debate entre universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos es susceptible de plantearse en el concreto ámbito territorial de la Unión Europea donde presenta algunas notas distintivas que lo hacen particularmente atractivo desde el punto de vista jurídico[1083]. Desde un primer momento, conviene aclarar que nos adherimos a un «relativismo cultural débil» en virtud del cual existen elementos históricos, sociales y culturales que se erigen como una relevante fuente de validez de los derechos fundamentales[1084]. Sin embargo, es posible conjugar una esfera de autonomía moral y autodeterminación colectiva que otorgue un papel significativo a tales elementos y, al mismo tiempo, reconocer un cierto grado de universalismo. En este sentido, y en línea con los postulados más básicos de dicha corriente de pensamiento, los derechos humanos presentan un sustrato común que puede ser compartido entre todos los pueblos, lo cual se deriva de la concepción de la dignidad como un atributo indisociable de la condición humana. Y por lo que aquí especialmente nos interesa, dicho sustrato o zona

[1082] WEILER, JOSEPH H.H., *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, *op.cit.*, pp. 102-103.
[1083] En relación la naturaleza ambivalente de los derechos fundamentales («univesalismo» y «dimensión histórica») y la tensiones que esta circunstancia produce en el espacio europeo, CARTABIA, MARTA, «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *op.cit.*, p. 20.
[1084] DONNELLY, JACK, «Cultural Relativism and Universal Human Rights», *op.cit.*, pp. 400-410.

común se ensancha cuando nuestro objeto de estudio se ciñe al caso de los Estados miembros. Por otra parte, la competencia jurisdiccional sobre los derechos fundamentales exige un análisis más elaborado que, sin perjuicio de ser apuntado en estos momentos, juzgamos preferible abordarlo posteriormente en el siguiente apartado de este mismo capítulo.

La premisa central sobre la que se articula nuestro discurso es que la concreta configuración de los derechos fundamentales en una determinada comunidad política es deudora de condicionantes históricos, sociales y culturales[1085]. Y, no menos importante, existe en ocasiones una vinculación entre esa configuración nacional de los derechos y la identidad nacional. En defensa de esta visión, juzgamos oportuno transcribir por razón de su claridad las palabras de Weiler a los efectos de introducir nuestro argumento:

> «Más allá de un cierto núcleo, reflejado en Europa por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la definición de los derechos humanos fundamentales a menudo difiere de una comunidad a otra. Estas diferencias, defenderé, reflejan la elección fundamental de una sociedad y constituyen una parte importante de las diferentes identidades de las comunidades y de las sociedades. Las mismas son frecuentemente una parte de la identidad social a las cuales los pueblos otorgan una gran importancia»[1086].

A día de hoy, a pesar del reconocimiento de una intensa capacidad de atracción competencial de los derechos humanos en favor de instancias europeas e internacionales, los ordenamientos jurídicos nacionales continúan ostentando una autonomía suficiente para diseñar un régimen jurídico para la protección de los derechos fundamentales. Se trata de una potestad de naturaleza constitucional que está íntimamente ligada a la cultura jurídica de cada uno de los Estados miembros y que, entre otras manifestaciones, se concreta en la decisión del elenco de derechos a los que se atribuye el rango de fundamentales. En efecto, como puede fácilmente colegirse, esta autonomía estatal motiva que puedan surgir diferencias entre los diferentes catálogos nacionales de derechos fundamentales. En teoría, los derechos reconocidos constitucionalmente puede variar de un texto constitucional a otro; ahora bien, en la práctica, existe una coincidencia

---

[1085] Esta idea ha sido perfectamente plasmada en las reflexiones del AG Y. Bot en el asunto Melloni: «Los derechos fundamentales que se han de proteger y el nivel de protección que se les debe atribuir reflejan las elecciones de una sociedad determinada sobre el justo equilibrio por alcanzar entre los intereses de los individuos y los de la colectividad a la que pertenecen. Esa determinación está estrechamente ligada a valoraciones propias del ordenamiento jurídico de que se trata, en especial en función del contexto social, cultura e histórico de éste, y no es por tanto automáticamente transferible a otros contextos». *Vid.* Conclusiones del AG Y. Bot de 2 de octubre de 2012, Melloni, C-399/11, apartado 109. En defensa de esta misma idea, VAN DE HEYNING, CATHERINE, «No Place Like Home - Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights», en POPELIER, PATRICIA, VAN DE HEYNING, CATHERINE y VAN NUFFEL, PIET (eds.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Intersentia, Cambridge, 2011, p. 81.

[1086] WEILER, JOSEPH H.H., *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, *op.cit.*, p. 102.

sustancial en las declaraciones de derechos por participar todas ellas de una misma tradición europea[1087].

Un somero análisis de Derecho comparado revela que las posibilidades de divergencia se acentúan cuando introducimos en el estudio comparativo dos nuevas variables: el sentido y el alcance de los derechos fundamentales. En otras palabras, aun cuando exista una coincidencia entre diferentes ordenamientos jurídicos respecto del específico derecho fundamental reconocido, no por ello se puede descartar que puedan surgir diferencias respecto del significado de tales derechos y del ámbito de protección de los mismos. En este punto, es oportuno recordar que la concreta configuración de un derecho fundamental en una comunidad política es el resultado de un juicio o compromiso entre diferentes bienes públicos que compiten entre sí. En este sentido, la confrontación clásica tiene lugar entre los intereses individuales y los intereses colectivos representados respectivamente por el ciudadano y por el Estado. En definitiva, corresponde a cada sociedad determinar individualmente el concreto equilibrio entre los intereses o derechos en juego y el resultado será una protección determinada de un cierto derecho conforme a los principios y valores nacionales, que no es idéntico en todas las sociedades europeas.

A los efectos de ilustrar las situaciones en que estas potenciales disonancias teóricas pueden emerger en la práctica, un ejemplo paradigmático recurrentemente aludido es el caso del derecho a la vida. Sin excepción, todas las Constituciones nacionales europeas reconocen este derecho, frecuentemente caracterizado como el más fundamental de todos los derechos[1088], y, aun así, su alcance puede diferir sustancialmente de unos Estados a otros. Frente al caso de algunas sociedades de fuerte tradición católica donde tales convicciones religiosas han penetrado en los respectivos ordenamientos jurídicos (Irlanda, Malta o Polonia) y, en consecuencia, se han impuesto generalmente duras exigencias a la posibilidad de abortar, los restantes Estados europeos regulan esta misma situación en términos casi opuestos al facilitar considerablemente, con diferencias sustantivas entre unos Estados y otros, que la mujer embarazada puede interrumpir voluntariamente su embarazo dentro de unos plazos. Utilizando como ejemplo el mismo derecho fundamental, también son claras las diferencias entre aquellos Estados con una regulación nacional que permite el suicidio asistido o la eutanasia (Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos) frente a la situación preponderante en los restantes Estados miembros donde es una práctica prohibida que puede traer aparejadas consecuencias penales.

Para terminar el examen de las divergencias estatales en materia de derechos fundamentales, nos resta detenernos en el imprescindible papel de la identidad nacional. Con anterioridad, tuvimos la oportunidad de analizar el concepto de identidad nacional y convenimos que el mismo presenta un contenido plural dentro del cual son discernibles los derechos fundamentales. A todas luces, aquella noción no abarca a todos los derechos

---

[1087] TORRES PÉREZ, AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, *op.cit.*, pp. 12-13.

[1088] STEDH de 27 de septiembre de 1995, McCANN c. Reino Unido, 18984/91, apartado 147: «El artículo 2 [derecho a la vida] es una de las más fundamentales disposiciones de esta Convención (…) que consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas que conforman el Consejo de Europa».

fundamentales en un sentido general, esto es, en los términos reconocidos y con toda la extensión provista en las respectivas Constituciones nacionales. Dicho de otro modo, no toda alegación de violación de un derecho fundamental recogido en las Constitucionales nacionales imputable a la acción u omisión de la Unión es constitutiva de una vulneración de la identidad nacional de un Estado miembro, sino que es imprescindible que sea apreciable una conexión con la idiosincrasia jurídica del Estado de que se trate.

Desde un punto de vista teórico, son imaginables al menos dos posibles causas que pueden motivar que la cláusula de identidad nacional entre en juego: derechos fundamentales que tengan reconocimiento los textos constitucionales ausentes en la Carta y determinadas concepciones o interpretaciones nacionales de los derechos fundamentales que presenten una protección diferente (ya sean más o menos protectoras que en el ámbito europeo). Atendiendo a la maduración y al refinamiento del régimen jurídico de los derechos fundamentales en la Unión, es difícil siquiera mencionar un solo ejemplo en el estado actual del Derecho de la Unión Europea de algún derecho nacional que no encuentre su contrapartida en la Carta[1089]. Por otra parte, son mucho más numerosos los casos de derechos fundamentales que encuentran un diferente grado de protección entre los diferentes Estados miembros y, a su vez, entre estos y la Unión. En este segundo caso, resulta verdaderamente problemático únicamente para el caso de que el régimen jurídico nacional dispense una protección más elevada que no sea admisible en el ordenamiento supranacional. Ahora bien, debe matizarse que puede darse el caso de derechos fundamentales nacionales cuyo nivel de protección sea diverso del otorgado a nivel europeo, y no por ello están amparados por el artículo 4.2 TUE por no estar presente la conexión con la identidad nacional.

En este punto, nos resulta particularmente adecuada la expresión «fronteras fundamentales» acuñada por Weiler como una metáfora para designar un espacio propio de una comunidad política al que se reconoce la libertad de fijar sus propios valores sin interferencia externa o superior[1090]. Debe prestarse atención que dicha imagen hace alusión a una vertiente colectiva, y no individual de los derechos fundamentales y, con ello, consigue de manera ciertamente original trasladar la clásica dicotomía individuo-Estado a una nueva tensión entre Estados miembros-Unión Europea. De este modo, este autor nos propone un escenario novedoso a partir de la emergencia de unos sujetos y unas relaciones de poder diferentes de las tradicionales. En particular, en este nuevo contexto el actor frente al que es necesario imponer límites ante posibles abusos es la Unión -y no

[1089] Por el contrario, sería más fácil identificar derechos en la Carta que carecen de reconocimientos en los textos constitucionales por razón de la brecha temporal que dista la proclamación de la primera con respecto a los restantes. Este es el caso de derechos de nueva generación que responden al ámbito científico o de las nuevas tecnologías u otros que son reconducibles a comportamientos sociales actuales que gozan en la actualidad de un amplio respaldo social. A este respecto, baste señalar los casos del derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 8 CDFUE), el derecho a la no discriminación (artículo 21 CDFUE) -que enumera expresamente entre las causas que no puede motivar un trato diferenciado las características genéticas o la orientación sexual-, el derecho al medio ambiente (artículo 37 CDFUE) o el derecho a una buena administración (artículo 41 CDFUE).

[1090] WEILER, JOSEPH H.H., *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, *op.cit.*, pp. 103-104.

el Estado- y con el propósito de defender la autonomía estatal -poniendo así el acento en una esfera colectiva de protección, y no individual-. En todo caso, debe advertirse que este nuevo marco de interrelaciones coexiste y actúa de manera paralela con el primigenio sin que, en ningún caso, la articulación de un mecanismo de protección en defensa de lo colectivo traiga como consecuencia la desaparición de las garantías individuales frente al Estado cuya razón de ser sigue subsistiendo. En términos semejantes se ha expresado De Witte y, a estos efectos, ha diferenciado entre «valores universales» y «valores nacionales específicos» para referirse, respectivamente, a aquellos que constituyen una parte de la herencia constitucional común de Europa y, por otro lado, a aquellos otros que son el reflejo de la idiosincrasia y de las preferencias de los constituyentes, y que son la expresión jurídica más elevada del sistema de valores de un Estado[1091].

En último lugar, es oportuno transitar de un examen general de los derechos fundamentales como manifestación de la identidad nacional de los Estados miembros hacia uno más específico que nos permita identificar las concretas expresiones estatales de esa noción. Debe prevenirse que reconocer aspectos normativos que exterioricen la identidad nacional exige un conocimiento muy profundo de la realidad constitucional de un Estado, por no decir que dado el carácter controvertido de la misma no es posible augurar un consenso compartido por todos los actores nacionales. Con todo, y sin aspirar a alcanzar a un consenso total -que nunca o muy raramente va a existir-, si es posible apoyarse en la existencia de un consenso reforzado en una determinada comunidad jurídica donde los Tribunales Constitucionales domésticos pueden erigirse en una voz especialmente autorizada.

Por fortuna, y para salvar las limitaciones cognoscitivas que nos impiden hacer un juicio de valor sobre una pluralidad heterogénea de realidades constitucionales que nos son ajenas, la conocida asociación para el estudio y desarrollo del Derecho europeo (FIDE - *Fédération Internationale pour le Droit Européen*) elaboró en el año 2012 unos informes nacionales sobre la protección de los derechos fundamentales en el nuevo escenario abierto tras la adopción del Tratado de Lisboa[1092]. Para su elaboración, contó con la colaboración de algunos de los mayores expertos en Derecho de la Unión Europea, y entre los diferentes asuntos abordados se contienen reflexiones muy valiosas acerca de la identidad nacional. En estos informes, el enfoque se centra en comparar el nivel de protección entre las fuentes normativas nacionales y las europeas. A estos efectos, se confeccionaros tres clasificaciones, a saber: derechos fundamentales menos protegidos en el plano nacional, derechos fundamentales más protegidos en el ámbito nacional y derechos fundamentales pertenecientes a la identidad nacional[1093].

[1091] WITTE, BRUNO DE, «Community Law and National Constitutional Values», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 18, vol. 2, 1991, p. 7.

[1092] *Vid*. LAFFRANQUE, JULIA (ed.), *Protection of Fundamental Rights post-Lisbon - The interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and National Constitutions. Reports of the XXV FIDE Congress Tallin*, Tartu University Press, Tallín, 2012.

[1093] BESSELINK, LEONARD, «General Report», en LAFFRANQUE, Julia (ed.), *Protection of Fundamental Rights post-Lisbon - The interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention*

Sin restar valor a los primeros listados, nos resulta de particular valor en estos momentos el tercero de ellos. Se citan, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes ejemplos de derechos fundamentales integrantes de la identidad nacional de un Estado miembros y, junto con ellos, los Estados a los que corresponden: la dignidad humana (Alemania y Estonia), derechos lingüísticos (Bélgica), elementos esenciales del Estado democrático (República Checa y Estonia), derechos lingüísticos y culturales y protección del patrimonio natural (Eslovenia y Hungría), libertad de las personas a no ser totalmente grabadas y registradas (Alemania), derecho a la educación (Países Bajos) y abolición de la nobleza y de títulos nobiliarios (Austria, Irlanda e Italia)[1094]. Junto a esta enumeración, se indica que con carácter general en todos los Estados miembros forma parte de la noción de identidad nacional el núcleo de los derechos fundamentales y el principio de igualdad.

Este listado podría completarse gracias a la labor del Tribunal de Justicia que, en el ejercicio de su competencia para interpretar el Derecho de la Unión, ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre ciertos elementos constitutivos de la identidad nacional. Sin embargo, lo cierto es que en aquellas escasas decisiones judiciales en las que se ha aventurado a determinarla apenas se ha referido en dos ocasiones al concreto ámbito de los derechos fundamentales, una en sentido negativo y otra en sentido positivo. Más concretamente, en el asunto Melloni el Abogado General Bot rechazó considerar, amparándose en las dudas albergadas por la jurisprudencia constitucional y en lo manifestado por los representantes del Reino de España en la audiencia oral, que formase parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 Constitución española) y de su identidad nacional un pretendido derecho a un nuevo juicio en aquellos casos en los que el imputado no haya estado presente en el proceso judicial cuando el mismo haya sido representado y asistido por sus letrados[1095]. Por el contrario, se mostró particularmente sensible con las alegaciones de la *Corte costituzionale* que, en virtud de una cuestión prejudicial por la que se inició la conocida saga Taricco[1096], trasladó a la jurisdicción europea que se encuentra especialmente enraizada en el acervo constitucional italiano la inclusión de la prescripción de los delitos en el principio de legalidad penal de los delitos y las penas (artículo 25.2 Constitución italiana).

III. Intersección entre las cláusulas horizontales de la Carta y la cláusula de identidad nacional

1. Introducción

on Human Rights and National Constitutions. Reports of the XXV FIDE Congress Tallin, Tartu University Press, Tallín, 2012, pp. 69-71.

[1094] *Ibid.*, p. 6.

[1095] Conclusiones del AG Y. Bot de 2 de octubre de 2012, Melloni, C-399/11, apartados 137-142.

[1096] ATCI de 23 de noviembre de 2016, 24/2017, apartado 6; STJUE de 5 de diciembre de 2017, Taricco II, C-42/17.

Los trabajos preparatorios de la Carta estuvieron marcados por un pronunciado sentimiento nacional de recelo, debido a la sensación de que su adopción podría comportar una amenaza velada sobre la esfera de soberanía nacional[1097]. En particular, los Estados miembros temían que el Tribunal de Justicia, en términos semejantes a lo sucedido en la experiencia estadounidense con motivo de la aprobación del *Bill of Rights*[1098], pudiera apoyarse en la Carta como un «instrumento federalizante» que viniera a reemplazar la regulación constitucional nacional de los derechos fundamentales por un único estándar común[1099]. En este sentido, uno de los puntos de mayor confrontación política en torno al proceso de redacción de la Carta fue precisamente el concerniente a su ámbito de aplicación y a la correlativa extensión de la competencia jurisdiccional del Tribunal de Luxemburgo[1100]. Conviene recordar que previamente señalamos, siendo ahora el momento oportuno para un mayor desarrollo, que la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia es una de las dos causas o fuentes de divergencia que pueden motivar considerables tensiones en materia de derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo.

La proclamación de la Carta planteaba, pues, la «cuestión federal»[1101] o, lo que es lo mismo, la distribución de poderes entre la Unión y los Estados miembros y, al propio tiempo, de la jurisdicción entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales nacionales en su papel de intérpretes y garantes de los derechos fundamentales[1102]. Se enfrentaba ese instrumento jurídico al desafío de configurar un sistema de protección de derechos fundamentales que fuese capaz de hallar un debido equilibrio entre, por un lado, dar satisfacción a la autonomía de los Estados miembros y a sus correspondientes instrumentos de protección y, por otro, garantizar la eficacia de la Carta. Precisamente, con vistas a apaciguar posibles resistencias, las cláusulas horizontales de la Carta fueron redactadas, entre otros motivos, con un ánimo de garantizar una interpretación del nuevo texto jurídico que pusiera coto a un posible *competence creep* o desbordamiento competencial por vía de un paulatino activismo judicial[1103].

Ubicadas en el Título VII de la Carta bajo la rúbrica «disposiciones generales», las mencionadas cláusulas horizontales desempeñan un papel central a los efectos de alcanzar los objetivos apenas enunciados. En concreto, entre las mismas tienen acogida dos preceptos claves que constituirán el centro de gravedad de los dos siguientes apartados, como son los relativos al ámbito de aplicación de la Carta (artículo 51 CDFUE)

[1097] LENAERTS, KOEN, «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *op.cit.*, pp. 395-397.
[1098] KNOOK, ALLARD, «The Court, The Charter, and the Vertical Division of Powers in the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 42, vol. 2, 2005.
[1099] LENAERTS, KOEN, «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *op.cit.*, p. 376; EECKHOUT, Piet, *op.cit.*, p. 945.
[1100] BÚRCA, GRAINNE DE, «The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights», *European Law Review*, núm. 40, vol. 6, 2005, p. 809.
[1101] *Vid*. EECKHOUT, PIET, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», *op.cit.*
[1102] SARMIENTO, DANIEL, «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *Common Market Law Review*, núm. 50, vol. 5, 2013, p. 1274.
[1103] LENAERTS, KOEN, «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *op.cit.*, p. 376.

y al nivel de protección (artículo 53 CDFUE). Ambos comparten la característica de no ser reglas sustantivas, en el sentido de que no reconocen o protegen un concreto derecho fundamental, sino que son normas funcionales dirigidas a precisar la interpretación y la aplicación de la Carta. Más particularmente, nos interesa su vertiente *ad extra*, esto es, aquella que nos va a permitir conocer en qué supuestos la Carta se proyecta, no sólo frente a las autoridades de Derecho de la Unión, sino frente a los Estados miembros. Y, además, para el caso de que su aplicabilidad se extienda sobre los mismos, cómo interactúan los diferentes niveles de protección, ya sea de manera excluyente, ya sea de manera concurrente.

En estas circunstancias, se puede advertir inmediatamente la relevancia de tales artículos para contribuir a ordenar este complejo «espacio constitucional común»[1104] en el específico marco de los derechos fundamentales. En particular, por lo que aquí especialmente interesa, un examen riguroso de ambos preceptos se presenta como insoslayable, en la medida en que solo un previo y profundo conocimiento de los mismos nos va a revelar cómo la identidad nacional puede asumir un protagonismo que por el momento parece haber sido relativamente desatendido. Por todo ello, el propósito en los dos próximos epígrafes es el de llevar a cabo un detenido análisis del artículo 51 CDFUE y del artículo 53 CDFUE, por cuanto resulta imprescindible para poder delimitar con un alto grado de precisión el concreto espacio de conflicto constitucional en el que la cláusula de identidad nacional puede operar.

2. Ámbito de aplicación de la Carta

2.1. Breve referencia a los trabajos preparatorios

El proceso de negociación de la Carta fue particularmente activo en torno a la cuestión de las cláusulas horizontales. Estas fueron de las pocas previsiones que suscitaron algún debate en el Grupo de Trabajo II de la Convención encargada de elaborar el fracasado Tratado Constitucional[1105]. Fueron objeto de alguna reforma tanto en la fase de Convención como en la Conferencia Intergubernamental de 2004, si bien fueron mantenidas en la posterior Conferencia Intergubernamental de 2007 que terminaría por alumbrar el Tratado de Lisboa[1106].

Concentrándonos en un primer momento en el artículo 51 CDFUE, las principales dificultades se focalizaron, sin lugar a dudas, en convenir en qué circunstancias los

[1104] Tomamos prestada esta expresión de «espacio constitucional común» cuya autoría pertenece a X. Groussot. *Vid*. GROUSSOT, XAVIER, *General Principles of Community Law, op.cit.*, p. 421.
[1105] MANGAS MARTÍN, ARACELI, «Artículo 51», en MANGAS MARTÍN, ARACELI (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 811.
[1106] *Ibidem*.

Estados miembros estarían sometidos a la Carta[1107]. En este sentido, se propusieron muy diferentes alternativas de redacción, encaminadas todas ellas a asegurar que el texto jurídico resultante no invadiera indebidamente el ámbito de influencia de los Estados miembros y, por ende, que no se expandiera más allá de los confines del ámbito competencial del Derecho comunitario[1108]. De acuerdo con De Búrca, la versión finalmente consensuada ilustra una «creciente reticencia a comprometer a los Estados miembros para que observen las normas de la Carta más allá de los casos que están más estrechamente vinculados al Derecho europeo donde los Estados miembros tengan poca o ninguna autonomía»[1109]. En estas circunstancias, una mirada al contexto histórico en que fue aprobado ese precepto parece respaldar una interpretación restrictiva del mismo, que limita los casos en que los Estados miembros pueden quedar sometidos a la Carta. No obstante, debe precisarse que no existe unanimidad a este respecto, existiendo voces que sostienen que es posible una interpretación histórica que nos permita conducir al resultado opuesto, esto es, que apoye una lectura más abierta y expansiva de la intención de los autores de la Carta[1110].

En la actualidad, el artículo 51 CDFUE, en su versión vigente, dispone que:

> «1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

[1107] Con carácter general, sobre la historia de redacción de la mencionada disposición, *vid.* KAILA, HEIDI, «The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States», en CARDONNEL, PASCAL, ROSAS, ALLAN y WAHL, NILS, *Constitutionalising the EU Judicial System: essays in honour of Pernila Lindh*, Hart, Oxford, 2012, pp. 294-302; VAN DANWITZ, THOMAS y PARASCHAS, KATHERINA, «A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the Charter of Fundamental Rights», *Fordham International Law Journal*, núm. 35, vol. 5, 2012, pp. 1402-1404.

[1108] LENAERTS, KOEN y GUTIÉRREZ-FONS, JOSÉ A., «The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice», *op.cit.*, p. 1569.

[1109] BÚRCA, GRÁINNE DE, «The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights», *op.cit.*, p. 809.

[1110] En palabras de Vitorino, quien fuera presidente de grupo de trabajo encargado de la elaboración de la Carta en los trabajos preparatorios del Tratado Constitucional, ha señalado que la mención de «únicamente» del artículo 51 CDFUE no fue más que una «precaución estilística». *Vid.* VITÓRINO, ANTONIO, «The Charter of Fundamental Rights as a foundation for the Area of Freedom, Security and Justice», *Exeter Paper in European Law*, núm. 4, 2001, p. 17. En esta misma línea, *vid.* ROSAS, ALLAN y KAILA, HEIDI, «L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne par la Cour de Justice: un premier bilan», *Il Diritto dell'Union Europea*, núm. 16, 2011. En contraposición, hay quienes consideran que la inclusión de ese término («únicamente») es particularmente reveladora de un acuerdo de mínimos y que el uso de una expresión tan categórica es sumamente inusual en el Derecho de la Unión. *Vid.* VAN DANWITZ, THOMAS y PARASCHAS, KATHERINA, «A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the Charter of Fundamental Rights», *op.cit.*, p. 1401.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misión definidas en los Tratados».

2.2. Destinatarios de la Carta

Una cuestión que atrae la atención de cualquier lector mínimamente atento es la existencia de un evidente desequilibrio entre los sujetos destinatarios del artículo 51 CDFUE. En efecto, desde el punto de vista del ámbito de aplicación *ratio personae*[1111], se puede apreciar su clara vocación de extenderse sin obstáculos a las instituciones, órganos y organismos de la Unión -en un intento por parte de los autores de abarcar todos los posibles entes o autoridades de Derecho de la Unión[1112]-, frente a una proyección deliberadamente más restrictiva respecto de los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»[1113]. Tal y como se ha apuntado anteriormente, la cuestión más controvertida y que al mismo tiempo ha suscitado un mayor interés en la comunidad científica ha sido la de determinar qué se entiende exactamente por esas últimas ocho palabras del apartado 1 del artículo 51 CDFUE. En todo caso, no está de más indicar que el nuevo precepto no comporta ninguna novedad en ninguno de sus dos apartados, en el sentido de que no hace más que codificar la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia[1114].

[1111] Desde el punto de vista del ámbito de aplicación personal de la Carta, cabe la posibilidad de examinar el mismo desde un prisma adicional, como es el relativo al conocido como efecto horizontal. Por tal efecto, nos referimos a la hipótesis de que dicho instrumento jurídico pueda ser objeto de aplicación cuando los intervinientes en una relación jurídica sean exclusivamente sujetos privados, lo cual puede tener particular relevancia cuando una de las partes en la relación ejerce un poder equiparable a una autoridad pública, siendo particularmente apreciable en las relaciones entre empresarios y trabajadores. Habida cuenta de nuestro interés primordial por estudio de las relaciones entre Estados miembros y la Unión, advertimos que no entraremos en un análisis a este respecto. Para un examen más detenido sobre este particular y las diferentes tesis sobre la conveniencia de apostar por el reconocimiento o no de dicha proyección de la Carta, *vid*. FRANTZIOU, ELENI, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union. A Constitutional Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2019; Conclusiones del Abogado General Trstenjak de 8 de septiembre de 2011, Domínguez, C-282/10; Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón de 18 de julio de 2013, Association de Médiation Sociale, C-176/12.

[1112] Explicaciones de la CDFUE relativas al artículo 51, párrafo 1: «Su finalidad consiste en establecer claramente que la Carta se aplica en primer lugar a las instituciones y órganos de la Unión dentro del respeto del principio de subsidiariedad. Los Tratados consagran el término "instituciones". Los términos «órganos y organismos» se utilizan generalmente en los Tratados para referirse a todas las instancias creadas por los Tratados o por actos de Derecho derivado».

[1113] Debe tenerse presente que existen igualmente restricciones a la aplicación de la Carta por razón de la materia o *ratione materiae*, siendo este el objetivo principal de la adopción del Protocolo núm. 30 que afectan a Polonia y al Reino Unido para el caso de derechos fundamentales de naturaleza socioeconómica. *Vid*. ARNULL, ANTHONY, «Protocol (No 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and the United Kingdom», en PEERS, STEVE, HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, Oxford, 2014.

[1114] MANGAS MARTÍN, ARACELI, «Artículo 51», en MANGAS MARTÍN, ARACELI (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 812.

En una primera aproximación, en atención a su privilegiada autoridad hermenéutica, es oportuno remitirnos a las Explicaciones de la Carta, que incorporan dos aclaraciones de interés. Por un lado, por Estados miembros debe entenderse no solo la autoridad estatal, sino también el resto de poderes regionales, locales y demás organismos públicos cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por otro lado, sobre el punto que ha concitado una mayor polémica, dispone que «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión solo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión». En defensa de esta lectura de la norma, siguiendo siempre la redacción de las Explicaciones de la Carta, se citan expresamente los asuntos Wachauf[1115], ERT[1116] y Annibaldi[1117], los cuales han venido a ser refrendados más recientemente por el caso Karlsson[1118] en el año 2000.

Un primer obstáculo que ha impedido alcanzar un consenso generalizado sobre el sentido de esta disposición se encuentra en las diferentes versiones lingüísticas de las Explicaciones de la Carta. Estas contemplan una dicción no exactamente coincidente y, a diferencia del texto en inglés -nótese que la mayoría de los comentarios doctrinales han tomado como punto de partida la redacción en esa lengua-, existen algunas otras que parecen poder interpretarse en un sentido más amplio[1119]. En segundo lugar, las Explicaciones no resultan del todo claras sobre este punto en la medida en que, con la intención de esclarecer el sentido de la cláusula en cuestión («únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»), la misma es sencillamente sustituida por otra sustancialmente más abierta y expansiva («cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión») sin aclarar cuál es exactamente el significado de esta última expresión[1120]. En tercer lugar, la jurisprudencia a que se refieren las Explicaciones y que es calificada como «inequívoca» es significativamente más compleja de lo que pueda resultar a la vista de las sentencias aludidas. En cuarto y último lugar, continuando con la jurisprudencia referida en las Explicaciones, la misma parece añadir un cierto grado de confusión al separarse de la *ratio legis* que, en opinión de la doctrina mayoritaria, motivó inicialmente la redacción de la misma, que, como avanzamos, tenía una intención claramente limitadora o restrictiva.

[1115] STJCE de 13 de julio de 1989, Wachauf, 5/88.
[1116] STJCE de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89.
[1117] STJCE de 18 de diciembre de 1997, Annibaldi, C-309/96.
[1118] STJCE de 13 de abril de 2000, Karlsson, C-292/97.
[1119] A efectos meramente ejemplificativos que pongan de manifiesto esa variedad según la lengua oficial utilizada, la expresión jurídica en inglés es «*implementing*», en alemán «*Durchführung*», en francés «*mise en ouvre*» o en italiano «*nell'attuazione*». Sobre la consideración de que algunas versiones no inglesas parecen introducir un matiz de mayor apertura, *vid.* WARD, ANGELA, «Article 51», en PEERS, STEEVE HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of fundamental right: a commentary*, Hart, Oxford, 2014, p. 1431; ROSAS, ALLAN y KAILA, HEIDI, «L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne par la Cour de Justice: un premier bilan», *op.cit.*, p.19; SAFJAN, MAREK, «Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Field of Conflict?», *EUI Working Paper*, LAW 2012/22, 2012, pp. 3 y 5.
[1120] TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EU Law, op.cit.*, p. 363.

A raíz de las sentencias del Tribunal de Justicia mencionadas en las Explicaciones, es posible distinguir dos posibles escenarios que determinan la aplicación de la Carta frente a los Estados miembros.

Por un lado, este catálogo de derechos se aplica en la conocida como *agency situation*[1121], esto es, cuando los Estados miembros actúan como una suerte de agente de la Unión, de manera que se limitan a implementar una normativa europea o a poner en práctica sus políticas (Wachauf[1122] y Karlsson[1123]). Sin lugar a dudas, el caso paradigmático a estos efectos viene representado por la transposición de las directivas en los ordenamientos nacionales, pero juzgamos igualmente adecuada aquella interpretación que extiende el alcance de la Carta a aquellos casos de aplicaciones posteriores y concretas de las reglas enunciadas por una directiva[1124]. Por otro lado, la Carta es igualmente aplicable cuando los Estados miembros se acogen a una excepción expresamente prevista en el Derecho de la Unión para no aplicarlo (ERT[1125])[1126]. En otras palabras, por tal situación nos referimos a aquellos supuestos en los que el Derecho supranacional contempla excepciones que, en caso de verificarse, permitirán la no aplicación del Derecho de la Unión. De este modo, y a pesar de que pueda parecer enrevesado, cuando los Estados miembros acuden a una excepción del Derecho de la Unión están aplicando ese Derecho, lo que justifica que en esos casos deba igualmente someterse al parámetro de los derechos fundamentales previstos en la Carta.

Frente a la unanimidad de la doctrina respecto de la pertinencia de la expansión de la aplicabilidad de la Carta al primer grupo de situaciones, se han manifestado

---

[1121] Esta es una expresión atribuida a Weiler y, por razón del importante eco que ha recibido en la doctrina, es generalmente conocida con esa denominación en los círculos especializados. *Vid.* WEILER, JOSEPH H.H., *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, *op.cit.*, p. 120.

[1122] STJCE de 13 de julio de 1989, Wachauf, 5/88, apartado 19: «Una normativa comunitaria que privara sin compensación alguna al arrendatario, al término del contrato de arrendamiento, del fruto de su trabajo y de las inversiones por él efectuadas en la explotación arrendada, sería incompatible con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. *Dichas exigencias vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias*». La cursiva es nuestra.

[1123] STJCE de 13 de abril de 2000, Karlsson, C-292/97, apartado 37: «Las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria. Por consiguiente, los Estados miembros están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias».

[1124] Conclusiones del AG Y. Bot de 5 de abril de 2011, Scattolon, C-108/10, apartado 119.

[1125] STJCE de 18 de junio de 1999, ERT, C-260/89, apartado 43: «En particular, cuando un Estado miembro invoca los artículos 55 y 66 para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales. *De este modo, la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículos 56 y 66 más que si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia*». La cursiva es nuestra.

[1126] Con posterioridad, otras sentencias que han confirmado la jurisprudencia instaurada por el ERT, y así ha sido entendido mayoritariamente por la doctrina, son: STJCE de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00; STJCE de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02; STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, C-438/05; STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05.

opiniones contrapuestas sobre la validez y conveniencia para acoger la interpretación que respalda el alcance de la Carta al segundo grupo de casos, si bien las voces discordantes valedoras de una interpretación limitada constituyen un grupo menos numeroso[1127]. De todos modos, a nuestro juicio, la discusión parece que debería ser más bien reconducida en términos de conveniencia o no conveniencia de que la Carta goce de un ámbito de aplicación más amplio o más estrecho. Esto es debido a que, a la vista de las Explicaciones de la Carta y de la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia -de la que nos ocuparemos unas líneas más abajo-, existen pocas dudas, desde el prisma del Derecho positivo, para respaldar una visión tendencialmente amplia.

Para terminar con las aportaciones que pueden extraerse a raíz de las Explicaciones, se cita en ellas, en último lugar, el asunto Annibaldi a los solos efectos de ejemplificar aquellos casos que se sitúan al margen de la influencia del Derecho de la Unión y, por tanto, la Carta no resulta aplicable. El asunto Annibaldi se inicia a raíz de la negativa de las autoridades italianas a autorizar a un particular para plantar una huerta de árboles frutales dentro del perímetro de un parque natural protegido. Esta prohibición se fundamenta en una normativa regional que fue aprobada con el fin de proteger el medio ambiente y los bienes culturales del territorio. Así las cosas, el Sr. Annibaldi esgrimió que la decisión de las autoridades italianas era constitutiva de una vulneración de sus derechos fundamentales y, en concreto, equivalía a una expropiación sin compensación. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia reconoció que la Unión ostentaba una competencia general en el ámbito del medio ambiente, la cultura y la agricultura. Sin embargo, consideró que la ley regional no tenía por objeto aplicar ninguna disposición de Derecho comunitario, que no existía una normativa comunitaria específica en materia de expropiación y que la mencionada normativa nacional se ocupaba de una esfera que era de competencia de los Estados miembros. Todo ello le llevó a concluir que la normativa nacional se aplicaba a una situación que no estaba regulada por el Derecho comunitario y, en consecuencia, el Tribunal de Justicia carecía de competencia para pronunciarse sobre ese contencioso. Con posterioridad, el Tribunal de Justicia ha conocido de otros asuntos en los que ha tenido la oportunidad de delimitar en sentido negativo el ámbito de aplicación de la Carta, precisando de este modo otras posibles situaciones en las que ha rechazado que la misma resulte de aplicación.

Desafortunadamente, la remisión a las Explicaciones, sobre la que hemos hecho hincapié hasta el momento, no ofrece una respuesta concluyente sobre el sentido del inciso final del apartado 1 del artículo 51 CDFUE. En consecuencia, era pertinente y muy necesaria una intervención del Tribunal de Justicia que, en su condición de intérprete máximo del Derecho supranacional, arrojase luz sobre una cláusula inicialmente opaca,

[1127] Entre quienes se oponen a lectura abierta favorable a la aplicación de la Carta en los términos prevenidos en la sentencia ERT, *vid.* GOLDSMITH, LORD, «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review*, núm. 38, vol. 5, 2001; JACOBS, FRANCIS G., «Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice», *European Law Review*, núm. 26, vol. 5, 2001. En defensa de la posición contraria, *vid.* LENAERTS, KOEN, «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *op.cit.*, p. 385; Conclusiones del AG Y. Bot de 5 de abril de 2011, Scattolon, C-108/10, apartados 118-119.

si atendemos a su propia dicción literal y a las Explicaciones de la Carta como únicos materiales para su interpretación[1128].

2.3. Principios generales del Derecho y la Carta: ¿ámbito de aplicación concurrente o complementario?

Con motivo del debate sobre una concepción restrictiva o extensiva del ámbito de aplicación de la Carta, se ha cuestionado si el mismo es o no coincidente con el de los principios generales del Derecho. En otras palabras, siendo bien conocida y reiteradamente afirmada una jurisprudencia tradicional que atribuye al respeto de los derechos fundamentales el carácter de principio general del Derecho de la Unión -posteriormente reforzada con su declaración en el texto de los Tratados (artículo 6.3 TUE)-, existen dudas sobre si el artículo 51.1 CDFUE presenta un ámbito de aplicación idéntico o diferenciado respecto del de los principios generales. Esta posible distinción únicamente resulta relevante para el caso de admitir aquella posición doctrinal de acuerdo con la cual el ámbito de aplicación de la Carta se limita a aquellos casos conocidos como *agency situation*. Entre quienes se suman a esta visión, para el resto de situaciones jurídicas no cubiertas por ese caso, los derechos fundamentales serían protegidos en tanto que principios generales. Debe advertirse que la diferencia entre asumir un enfoque u otro no es en absoluto menor si se atiende a la distinta naturaleza jurídica de los principios generales de la Unión y de la Carta, la cual presenta el mismo valor que los Tratados, y, sobre todo, al sentido y alcance de los derechos fundamentales protegidos por esta, que excede al previsto por aquellos.

Por el contrario, para los partidarios de una interpretación más abierta del precepto controvertido, se produciría un solapamiento de las situaciones en que resultan de aplicación los principios generales y la Carta y, por tanto, toda esta construcción teórica resultaría superflua a efectos prácticos[1129]. En estas circunstancias, resulta pertinente recordar las sospechas expresadas por Weiler previas a la aprobación de la Carta sobre si un catálogo de derechos fundamentales europeos verdaderamente aportaría un valor añadido[1130]. Esta inquietud se revela particularmente oportuna si consideramos que con anterioridad a la aparición de la Carta ya se contaba en la Unión con un régimen de garantía *iusfundamental* regido por los principios generales.

Siguiendo en este punto a Lenaerts y Gutiérrez-Fons, estimamos que la Carta comportaría una protección reforzada de los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo, dado que presenta un ámbito material más amplio que los principios generales y puede contribuir de manera significativa al descubrimiento de nuevos

---

[1128] LENAERTS, KOEN y GUTIÉRREZ-FONS, JOSÉ A., «The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law», *op.cit.*, p. 1657.
[1129] *Ibid.*, p. 1660.
[1130] WEILER, JOSEPH H.H., «Does the European Union truly need a Charter of Rights», *op.cit.*, p. 95.

principios generales[1131]. De aceptar la primera de las tesis antes expuestas, que no compartimos, el Abogado General Bot en el asunto Scattolon ha señalado que comportaría la coexistencia de dos regímenes de protección de los derechos fundamentales en la Unión en atención a si los mismos derivan de la Carta o de los principios generales de la Unión, lo cual debilitaría la protección de esos derechos[1132]. A mayor abundamiento, apunta que tal solución pudiera ser «antinómica» con la letra del artículo 53 CDFUE, que propugna precisamente un resultado contrario, esto es, que en ningún caso la Carta puede permitir una interpretación limitativa o lesiva de los derechos reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión[1133]. En esta misma línea, Dougan ha señalado que un sistema dual pudiera resultar «oneroso» en la medida en que ante dos situaciones que comparten el mismo supuesto de hecho y están en juego los mismos derechos fundamentales se arbitrarían soluciones distintas, lo cual generaría una impresión de «divergencias arbitrarias»[1134]. En todo caso, y al margen estos planteamientos teóricos, es imprescindible advertir que el Tribunal de Justicia ha rechazado abiertamente la posibilidad de que los Estados miembros puedan actuar en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión sin estar sometidos a los dictados de la Carta. En efecto, esta cuestión fue resuelta de manera clarividente a partir del asunto Åkerberg Fransson, que abordaremos posteriormente en detalle, pero al menos podemos anticipar por el momento que en el mismo se niega la posibilidad una situación de dualidad a que nos referíamos[1135].

2.4. Evolución y estado actual de la jurisprudencia

El estado del arte en materia jurisprudencial en el momento de la entrada en vigor de la Carta era el reflejado en sus Explicaciones, que, con mención a la bien conocida tríada Wachauf-ERT-Annibaldi, conformaba el marco jurisprudencial básico para la interpretación del artículo 51.1 CDFUE. No obstante, se ha ido desarrollando con posterioridad una jurisprudencia que ha venido a dotar a la mencionada cláusula de una mayor claridad, contribuyendo así a disipar sustancialmente las dudas que giraban en torno a esta cuestión. De este modo, a partir de un análisis de las resoluciones judiciales más recientes dictadas por el Tribunal de Justicia en la época post-Lisboa, será posible delimitar con un grado de precisión relativamente alto en qué casos la aplicación de la Carta se extiende frente a los Estados miembros. Asimismo, se han pronunciado

---

[1131] LENAERTS, KOEN y GUTIÉRREZ-FONS, JOSÉ A., «The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law», *op.cit.*, p. 1657.
[1132] Conclusiones del AG Y. Bot de 5 de abril de 2011, Scattolon, C-108/10, apartado 120.
[1133] *Ibidem.*
[1134] DOUGAN, MICHAEL, «The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts», *Common Market Law Review*, núm. 45, vol. 3, 2008, pp. 664-665.
[1135] STJUE de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, apartado 21: «No existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta».

sentencias que sirven de ayuda para conocer de otras situaciones en las que se ha decidido la exclusión de la aplicación de la Carta -y, en su caso, la intervención preceptiva de las Constituciones nacional y del Convenio europeo- por apreciarse una ausencia de conexión suficiente entre el Derecho de los Estados miembros y el Derecho de la Unión.

De manera breve, cabe añadir que el período que transcurre entre la entrada en vigor de la Carta en diciembre del año 2009 y la sentencia Åkerberg Fransson en febrero de 2013 estuvo marcado por una serie de pronunciamientos del Tribunal de Justicia confusos y que incluso podrían calificarse de contradictorios respecto de la cuestión bajo examen[1136]. A este respecto, los ejemplos probablemente más ilustrativos son los asuntos Dereci[1137] e Iida[1138] dictados en los años 2011 y 2012, respectivamente. En el primer caso, se dispone que, a los efectos de apreciar si un Estado miembro aplica el Derecho de la Unión Europea en el sentido del artículo 51.1 CDFUE *in fine*, será preciso atender «a las circunstancias del litigio» para apreciar si «la situación de los demandantes está regida por el Derecho de la Unión»[1139]. Por el contrario, en el segundo caso se opta por un criterio claramente distinto y se señala que para afirmar la aplicabilidad de la Carta debe considerarse «si la normativa nacional de que se trata tiene por finalidad aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de la normativa, si ésta persigue objetivos distintos de los contemplados por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa del Derecho de la Unión específica en la materia o que le pueda afectar»[1140]. En todo caso, lo cierto es que estos cambios de criterio en sede judicial llegaron a su fin y se asienta una opinión -ya consolidada- con motivo del dictado de la sentencia Åkerberg Fransson que, a todas luces, se erige como una referencia actual inexcusable en la interpretación del artículo 51 CDFUE al fijar las pautas esenciales para su comprensión.

El asunto versa sobre un procedimiento penal abierto contra el Sr. Åkerberg Fransson a quien se le imputa una infracción fiscal grave y, a raíz de esta circunstancia, se plantea la cuestión de si la acción ejercitada contra él debe ser desestimada debido a que ya había sido sancionado en otro procedimiento previo de naturaleza administrativa por los mismos hechos. En este estado de cosas, se abre la puerta a que nos encontremos ante una posible situación de acumulación de la potestad sancionadora administrativa y del *ius puniendi* del Estado en la represión de la misma conducta, lo cual está prohibido por el ordenamiento de la Unión a luz del artículo 50 CDFUE, que recoge el principio *ne bis in idem.*

El Tribunal de Justicia comienza por constatar que el artículo 51 CDFUE viene a confirmar la jurisprudencia precedente y, en particular, dispone que «los derechos

[1136] ROSAS, ALLAN y ARMATI, LORNA, *EU Constitutional Law: An Introduction*, *op.cit.*, pp. 166-167; SARMIENTO, Daniel, «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *op.cit.*, p. 1276.
[1137] STJUE de 15 de noviembre de 2011, Dereci, C-256/11.
[1138] STJUE de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11.
[1139] STJUE de 15 de noviembre de 2011, Dereci, C-256/11, apartado 72.
[1140] STJUE de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11, apartado 79.

fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas»[1141]. En consecuencia, y aquí viene probablemente la afirmación más contundente de toda la sentencia, «la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta»[1142]. Por el contrario, expresado en un sentido negativo, cuando «una situación jurídica no esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia»[1143]. Estas aseveraciones van claramente en la dirección de amparar una interpretación amplia del artículo 51.1 CDFUE en la medida en que parecen respaldar la vis expansiva que se intuye en las Explicaciones de la Carta cuando refieren que la aplicación de esta se producirá «cuando actúen en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión», y no en la versión más restrictiva que parece deducirse del contenido de la norma al hablar exclusivamente de «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».

En el particular caso objeto de estudio, el Tribunal de Luxemburgo sostiene que, en virtud de los dispuesto en los artículos 2, 250.1 y 273 de la Directiva 2006/112/CE, todo Estado miembro está sometido a la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que el IVA se perciba en su totalidad con el propósito de luchar contra el fraude. Y, además, en un sentido más general, el artículo 325 TFUE exige a los mismos que aborden las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y efectivas. A partir de esta normativa, considera el Tribunal que la doble sanción administrativa y penal en el ámbito nacional constituye una aplicación de las disposiciones apenas citadas, de lo que se deriva la consecuente aplicación del artículo 51.1 CDFUE.

Presentan un particular interés en este punto las reflexiones expresadas por el Abogado general Cruz Villalón en las conclusiones presentadas sobre este mismo asunto. Propuso una solución bien distinta de lo posteriormente dictado en la resolución judicial, aun a sabiendas -como el mismo admite en sus conclusiones- que su planteamiento se aparta de la jurisprudencia dictada hasta la fecha. Constata el Abogado general que el Tribunal de Justicia cuenta con una jurisprudencia casuística y, por ende, huérfana de una necesaria abstracción que nos permita trascender de los concretos y escasos supuestos perfectamente conocidos y previamente delimitados a que se refieren las Explicaciones de la Carta.

En un intento de extraer un rasgo común a toda la jurisprudencia preexistente, aprecia que el mismo es la «exigencia de una presencia del Derecho de la Unión en el origen del ejercicio de la potestad pública»[1144] en contraposición a la idea de

[1141] STJUE de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, apartado 19.
[1142] *Ibid.*, apartado 21.
[1143] *Ibid.*, apartado 22.
[1144] Conclusiones del AG P. Cruz Villalón de 12 de junio de 2012, Åkerberg Fransson, C-617/10, apartado 33.

«predeterminación» que, evidentemente, no plantea problemas sobre la inmediata aplicación de la Carta. No es menor apuntar que las consecuencias de apreciar el cumplimiento del predicado controvertido («únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión») se cifran en la «centralización» de las garantías *iusfundamentales* de la esfera nacional a la supranacional. Y, para ello, es preciso que medie un «interés específico de la Unión», de manera que «la sola circunstancia de que ese ejercicio tenga origen último en el Derecho de la Unión no es por sí misma suficiente para entender que concurre una situación de "aplicación"»[1145]. En definitiva, lo determinante es enjuiciar el grado de conexión entre el Derecho de la Unión y el ejercicio de la autoridad pública nacional y, en las circunstancias particulares del asunto Åkerberg Fransson, el abogado general estima que dicha conexión es «debilísima»[1146]. Por todo ello, estas circunstancias no permiten fundamentar un interés específico de la Unión que justifique un desplazamiento en la posición de garante de los derechos fundamentales en favor de la esfera supranacional.

Aun siendo unánimemente reconocida por la doctrina la relevancia del asunto Åkerberg Fransson a los efectos de sentar una serie de criterios determinantes para la interpretación del artículo 51.1 CDFUE, el mismo no ofrece, en todo caso, una visión completa de la compleja jurisprudencia sobre este particular. Expresado en otros términos, esta sentencia no lleva a cabo una labor pormenorizada de identificación de todos los posibles casos en los que el vínculo entre el Derecho de la Unión y el de los Estados miembros sea suficiente como para afirmar el sometimiento imperativo de la situación jurídica de que se trate a la Carta. De todos modos, a raíz de la sentencia antedicha, parece existir un acuerdo básico en torno a la idea de que la aplicación del Derecho de la Unión exige al menos la existencia de una norma europea de carácter sustantivo que regule la situación controvertida. En palabras de Ladenburger, todo asunto relativo a la Carta necesita como prerrequisito esencial para su aplicación la existencia de «una concreta norma de Derecho de la Unión aplicada»[1147] y que es la que actúa como «catalizador»[1148] para la aplicación de la misma por parte de los Estados miembros. Esta norma es denominada por Sarmiento como *triggering rule* o norma desencadenante y, a partir de la misma, diseña una clasificación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 51.1 CDFUE en la que se pueden diferenciar cuatro posibles supuestos que activarían la aplicación de la Carta, a saber: normas exhortativas, normas optativas, normas adjetivas y normas excluyentes[1149]. Tomaremos prestada esta clasificación que

---

[1145] *Ibid.*, apartado 40.
[1146] *Ibid.*, apartado 57.
[1147] LADENBURGER, CLEMENS, «European Union Institutional Report», en LAFFRANQUE, JULIA (ed.), *Protection of Fundamental Rights post-Lisbon - The interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and National Constitutions. Reports of the XXV FIDE Congress Tallin*, Tartu University Press, Tallín, 2012, p. 16.
[1148] SARMIENTO, DANIEL, «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *op.cit.*, p. 1279.
[1149] Respecto de esta clasificación y la jurisprudencia aparejada a cada uno de tales supuestos, *vid. Ibid.*, pp. 1279-1285.

juzgamos particularmente útil a los efectos de ofrecer una visión ordenada del grueso jurisprudencial sobre el precepto objeto de análisis.

2.4.1. Normas exhortativas

Este primer grupo de casos presentan como rasgo común la presencia de una normativa de Derecho de la Unión que contiene un mandato dirigido a los Estados miembros para que actúen en un modo determinado con la finalidad de alcanzar unos resultados previstos en aquella regulación. Así, en aquellos casos en los que los Estados miembros actúan de conformidad con esa orden o mandato se puede considerar que los mismos aplican el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 CDFUE y, en consecuencia, están sometidos a las disposiciones de la Carta. En este sentido, el asunto Åkerberg Fransson, que ha sido estudiado de manera pormenorizada previamente, es un buen ejemplo de esta categoría jurisprudencial en la medida en que la adopción por parte de los Estados miembros de medidas efectivas y disuasorias dirigida a asegurar la correcta recaudación tributaria en materia de IVA es una obligación impuesta por la normativa europea (artículos 2, 250.1 y 273 de la Directiva 2006/112/CE), que tiene el propósito de proteger los intereses financieros de la Unión (artículo 325 TFUE).

Insistimos en la idea de que la jurisprudencia enfatiza la idea de que el término jurídico «aplicar» es mucho más generoso que la mera implementación de una directiva en el ordenamiento nacional o las aplicaciones posteriores y concretas de las reglas enunciadas por una directiva. Se incluyen dentro de esa noción aquellos comportamientos estatales que cumplen con los cometidos del Derecho de la Unión y, todo ello, con independencia de que la intención al aprobar la normativa nacional cuya aplicación activa la aplicación de la Carta estuviera originalmente diseñada para alcanzar ese objetivo legislativo. En pocas palabras, lo verdaderamente determinante no es la voluntad de los Estados de actuar para la consecución de unos fines prescritos en el Derecho de la Unión, sino que efectivamente su proceder permita que los mismos se hagan efectivos.

2.4.2. Normas optativas

En otro orden de cosas, nos enfrentamos a un escenario distinto en aquellos casos en que se concede a los Estados miembros un margen de discrecionalidad para actuar en un sentido u otro dentro de los términos previstos en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión. En otras palabras, y a diferencia de la categoría jurisprudencial anterior, la normativa no impone ya un concreto modo de actuar para garantizar el cumplimiento de unos fines, sino que la misma otorga libertad a los Estados miembros para que ajusten su comportamiento a alguna de las posibilidades disponibles. Ahora bien, en caso de optar por una de las posibles opciones legislativas, sea cual sea, se considera que se está aplicando el Derecho de la Unión y, como bien sabemos, esto determinará la aplicación

de la Carta. A este respecto, un caso que se ajusta particularmente a este modelo y que presenta la bondad de permitirnos delimitar con más precisión los contornos de la oscura cláusula del artículo 51.1 CDFUE fue el asunto N.S[1150].

Con posterioridad a arribar a tierras europeas pisando suelo griego, un nacional afgano inicia un procedimiento de solicitud de asilo en el Reino Unido. A este respecto, la normativa de aplicación (Reglamento núm. 343/2003 o «Reglamento Dublín») contempla una excepción conocida como «cláusula de soberanía» (artículo 3, apartado 2, Reglamento Dublín), que permite que otro Estado distinto del inicialmente responsable para examinar una solicitud de asilo pueda asumir esa carga. En estas circunstancias, la *Court of Appeal* eleva una cuestión prejudicial para conocer si la decisión adoptada por el Reino Unido para examinar una solicitud de estas características entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 51 CDFUE. El Tribunal de Luxemburgo, coincidiendo con las apreciaciones de la Abogado general Trstenjak[1151], respondió en sentido positivo y consideró que el poder de discreción otorgado a los Estados miembros en virtud del artículo 3.2 del Reglamento de Dublín forma parte de los mecanismos de determinación del Estado responsable y que, por tanto, es un elemento más del sistema europeo común de asilo[1152]. En consecuencia, afirma que un Estado miembro que ejerce esa «facultad de apreciación» aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 CDFUE[1153].

2.4.3. Normas adjetivas

El asunto DEB se inicia por medio de una cuestión prejudicial de interpretación dirigida al Tribunal de Justicia a los efectos de dilucidar si los requisitos impuestos por una normativa procesal nacional para reconocer asistencia jurídica gratuita a una persona jurídica son compatibles o no con el Derecho de la Unión[1154]. Más concretamente, y tras varias tentativas infructuosas ante los órganos jurisdiccionales alemanes, el demandante en el litigio principal acude al Tribunal de Luxemburgo para conocer si una norma procesal nacional que dificulta seriamente la posibilidad de ejercitar por parte de una sociedad mercantil una acción de responsabilidad contra la República de Alemania por adaptación extemporánea de una directiva es o no conforme con el principio de efectividad (artículo 19.1 TUE). En concreto, se exigía a la sociedad interesada que efectuara el pago anticipado de las costas procesales y que contara con asistencia letrada en el litigio, a pesar de que carecía de recursos económicos suficientes para hacer frente a esos requisitos procesales y negándosele por la administración de justicia alemana el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

[1150] STJUE de 21 de diciembre de 2011, N.S., asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10.
[1151] Conclusiones de la Abogado General de 22 de septiembre de 2011, N.S., asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, apartados 74 a 83.
[1152] *Ibid.*, apartado 68.
[1153] *Ibidem.*
[1154] STJUE de 22 de diciembre de 2010, DEB, C-279/09.

El Tribunal de Justicia prefirió reformular la cuestión incidental para examinar la compatibilidad de esa normativa nacional a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 CDFUE. El Tribunal de Luxemburgo llegó a la conclusión de que la normativa alemana no era contraria con esa disposición, si bien la misma no excluía en ningún caso que el derecho de asistencia jurídica gratuita se extendiese igualmente a las personas jurídicas y que la misma comprendiera las costas procesales anticipadas y la asistencia de letrado, por lo que correspondía al juez nacional, en atención de una serie de circunstancias detalladas en la sentencia, la concesión de ese derecho.

Antes de nada, debe atenderse al hecho de que el Abogado general Mengozzi no entra a valorar en ningún momento la aplicabilidad de la Carta en base al artículo 51.1 CDFUE y, en términos semejantes, esta cuestión es prácticamente desatendida en el fallo posterior[1155]. En estas circunstancias, cabe preguntarse cuál es la conexión entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión o, en otras palabras, en qué medida puede considerarse que la aplicación de la normativa nacional procesal puede considerarse una aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 CDFUE. De acuerdo con Safjan, magistrado del Tribunal de Justicia en una valoración extrajudicial, la normativa procesal alemana no fue adoptada con el propósito de implementar el Derecho de la Unión y, de hecho, aquella se refería a un ámbito de regulación donde no existía una voluntad armonizadora por parte del legislador europeo[1156]. Todo lo cual le lleva a considerar que el ámbito de aplicación de la Carta va más allá de los límites de lo que pueda considerarse una mera aplicación del Derecho europeo -alejándose, por tanto, de la posición sostenida por aquellos que defienden una interpretación restrictiva- y que el principio de efectividad puede jugar el papel de una «herramienta especial» empleada para extender el ámbito de aplicación de las garantía de los derechos fundamentales contenidas en aquel instrumento jurídico[1157].

Es así como el vínculo con el Derecho supranacional parece residir en que las dificultades de acceso a la justicia gratuita por parte de la normativa nacional podrían poner en peligro ante la jurisdicción nacional la efectividad de los derechos sustantivos con origen en el Derecho de la Unión y lo que se pretendería es que tales derechos no se conviertan en una «promesa vacía»[1158]. De este modo, y a diferencia de lo afirmado hasta el momento por el Tribunal europeo, la aplicación de la Carta no se hace ya exclusivamente dependiente de la invocación de un derecho sustantivo por parte del demandante, sino que es posible alcanzar ese resultado como consecuencia de la alegación de una norma procesal nacional con base al principio de efectividad.

[1155] Para ser más precisos, el artículo 51.1 CDFUE es citado en el apartado 30 de la mencionada sentencia, pero no se desarrolla en base al mismo una argumentación sobre aplicabilidad de la Carta al caso concreto ni tampoco en qué medida puede considerarse que la aplicación de las normas procesales alemanas constituye una aplicación del Derecho de la Unión en el sentido de esa disposición.

[1156] SAFJAN, MAREK, «Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Field of Conflict?», *op.cit.*, p. 9.

[1157] *Ibidem*.

[1158] LENAERTS, KOEN, «The Court of Justice of the European Union and the Protection of Fundamental Rights», *Polish Yearbook of International Law*, núm. 79, 2011, p. 86.

2.4.4. Normas excluyentes

Para poner fin a los pronunciamientos judiciales más recientes dictados con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, contamos con una serie de asuntos que terminan de perfilar la aplicabilidad de la Carta. En particular, estos casos, aun abordando temáticas muy variadas, comparten la circunstancia de delimitar el ámbito de aplicación de la Carta en un sentido negativo. Gracias a los mismos, es posible inferir una regla general respecto de aquellos casos en los que el vínculo entre el Derecho de los Estados y de la Unión es lo suficientemente tenue como para activar las garantías *iusfundamentales* derivadas de la Carta.

El asunto McB[1159] gira en torno a los derechos de custodia de un padre biológico ante el abandono por parte de la madre junto con sus vástagos del Estado miembro donde se localizaba la vivienda habitual previa al traslado. En concreto, el padre biológico, en su condición de demandante, se opone a una interpretación del Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que, a diferencia del tratamiento jurídico otorgado a la madre, supedite la adquisición del derecho de guardia y custodia a la obtención por parte del padre de un menor de una decisión del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho. En este caso particular, la dificultad, en términos de aplicación de la Carta, reside en que según el artículo 2, apartado 11, letra a) del mencionado Reglamento los derechos de custodia se adquirirán de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional.

En estas circunstancias, existían dudas sobre si se podía considerar que el Estado en cuestión que aprueba la legislación nacional que condiciona la adquisición de tales derechos a una resolución judicial constitutiva pudiera considerarse como una aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 CDFUE. La respuesta ofrecida por parte del Tribunal de Luxemburgo pone el acento en que la Carta no puede en ningún caso comportar una modificación o ampliación de competencias de la Unión (artículo 51.2 CDFUE) -como lo sería aspirar a que el Reglamento controvertido se ocupase de regular los derechos de custodia por tratarse de una materia de exclusiva responsabilidad de los Estados miembros- y, en consecuencia, el Derecho de la Unión debe interpretarse de conformidad de la Carta, pero siempre con escrupuloso respeto a los límites de las competencias atribuidas a esta[1160]. En caso contrario, de reconocerse un derecho de custodia al padre biológico en virtud del Reglamento 2201/2003, a pesar de la inexistencia

[1159] STJUE de 5 de octubre de 2010, McB, C-400/10 PPU.
[1160] *Ibid*., apartado 51: «la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni "crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados". Por tanto, el Tribunal de Justicia debe interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a esta».

de la concesión de ese derecho de acuerdo con el Derecho nacional, dispone el Tribunal que se estaría produciendo una infracción del artículo 51, apartado 2, CDFUE[1161].

Otras sentencias más recientes han confirmado esta línea jurisprudencial y, sin entrar en detalles sobre sus fundamentos de hecho, todas ellas coinciden en que la inaplicación de la Carta se deriva de la ausencia de poderes de la Unión Europea para legislar en determinados ámbitos. A este respecto, contamos con casos que, aun abordando cuestiones muy diversas, coinciden en rechazar la aplicación de la Carta por la inexistencia de una atribución competencial de la Unión para incurrir en determinadas esferas que corresponden al círculo de influencia de los Estados miembros y, por tanto, los actos o medidas no pueden ser examinados a la luz de la Carta, sino, en su caso, serán sometidas a escrutinio de acuerdo con el canon impuesto por las respectivas Constituciones nacionales y por el CEDH. Así, nos referimos a casos sobre la imposición obligatoria y generalizada de penas accesorias de alejamiento para el caso de delitos de agresiones cometidos en la esfera familiar aun en el caso de la opinión contraria de la víctima a tales medidas de protección (asunto Magatte Gueye[1162]), casos de denegación del derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado cuando no está en riesgo el disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos a un ciudadano de la Unión (asunto Dereci[1163]) o aquellos en los que los Estados miembros adoptan acuerdos de colaboración para asegurar la supervivencia de la divisa común -Tratado del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)- fuera del ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión (asunto Pringle[1164]).

En puridad, tal y como se refleja en las valoraciones de las conclusiones presentadas por los Abogados generales en estos asuntos[1165], la cuestión interpretativa en discordia no es propiamente la aplicación o no de la Carta en aquellos casos en que los Estados miembros apliquen el Derecho de la Unión a que se refiere el artículo 51.1 CDFUE, sino más bien, sobre el apartado 2 de esa misma disposición que dicta la inaplicación de aquella por adentrarse en ámbitos competenciales sobre los que la Unión carece de poder. En tales circunstancias, la Carta no puede ser una excusa para ampliar dichos poderes y de ahí se deriva la imposibilidad de aquella erigirse como un instrumento interpretativo vinculante de los actos y normas de los Estados miembros.

3. Nivel de protección de los derechos fundamentales

[1161] *Ibid.*, apartado 59.
[1162] STJUE de 15 de septiembre de 2011, Magatte Gueye, asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10, apartado 69.
[1163] STJUE de 15 de noviembre de 2011, Dereci, C-256/11, apartado 71.
[1164] STJUE de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, apartados 178-182.
[1165] Conclusiones de la AG J. Kokott de 12 de mayo de 2011, Magatte Gueye, asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10, apartado 77; Conclusiones de la AG J. Kokott de 26 de octubre de 2012, Pringle, C-370/12, apartado 193.

3.1. Caracterización general de la cláusula de *non regression* de la Unión

La aprobación de la Carta fue merecedora de una acogida ampliamente positiva por considerarse que venía a añadir un estrato normativo adicional que podía redundar en una protección reforzada de los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo[1166]. Aun siendo así, no puede obviarse que su aparición supone la concurrencia de otro catálogo de derechos en ese mismo espacio y, en consecuencia, contribuye a dotar de mayor complejidad al sistema, planteando de manera ineludible problemas de interacción entre las tres consabidas esferas intervinientes (nacional, europea e internacional). En particular, una de las manifestaciones en las que esas potenciales discordancias pueden emerger a la superficie es la concerniente al nivel de protección entre los diferentes órdenes. A este respecto, la Carta ha abordado directamente esta cuestión en su artículo 53 bajo la rúbrica «nivel de protección», ubicado en el Título VII dedicado a la interpretación y aplicación de ese instrumento jurídico, que dispone:

> «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

A primera vista, este precepto podría parecer una emulación del artículo 53 CEDH[1167], encuadrándose ambos dentro de la clásica tipología de Derecho Internacional de las cláusulas de *non regression*[1168]. Igualmente, podemos encontrar cláusulas semejantes en otros textos internacionales para la protección de los derechos humanos como es el caso, a título meramente ejemplificativo, del artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del artículo 5.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[1169].

Volviendo al CEDH, en consideración a su papel de inspiración directa para el precepto sometido a examen, el mismo establece un estándar de protección que se erige

---

[1166] WITTE, BRUNO DE, «Article 53», en PEERS, STEEVE HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of fundamental right: a commentary*, Hart, Oxford, 2014, p. 1524.

[1167] Artículo 53 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

[1168] MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ, «Artículo 53. Nivel de protección», en MANGAS MARTÍN, ARACELI (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 856; BRAIBANT, GUY, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *op.cit.*, pp. 267-269.

[1169] Sobre la influencia de estas disposiciones en el artículo 53 CDFUE, *vid.* ALONSO GARCÍA, RICARDO, «The Horizontal Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *European Law Journal*, núm. 8, vol. 4, 2002, pp. 507-508.

como un nivel mínimo o, en términos habituales entre la doctrina especializada, suelo[1170]. En otras palabras, el artículo 53 CEDH es una norma que no puede ser invocada como un pretexto que impida una protección superior por otros posibles instrumentos destinados al mismo fin, ya sean las Constituciones nacionales de las Partes Contratantes, ya sean otros tratados internacionales de los que la Unión o sus Estados miembros sean parte. En términos semejantes, lo mismo podría afirmarse respecto del artículo 53 CDFUE, con la salvedad de que esa misma función se proyecta en este caso respecto del Derecho de la Unión, del Derecho internacional y, muy particularmente, del Convenio europeo.

Por su parte, las Explicaciones de la Carta, que tienen por objeto asistir en la tarea de interpretación y aplicación de la misma (artículo 6.1 TUE *in fine* y 52.7 CDFUE), a causa de la brevedad y vaguedad de los términos utilizados, resultan poco clarificadoras a los efectos de esclarecer el significado del artículo 53 CDFUE:

> «El objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH».

Si acaso, la particularidad más reseñable de las Explicaciones es el uso del término «actualmente» -existiendo dudas si se refiere al momento de su adopción inicial en diciembre del año 2000 o cuando aquellas fueron actualizadas en diciembre del año 2007[1171]-, que, en todo caso, nos sirve para reafirmar el objetivo principal de la misma, esto es, servir de capa adicional en materia de derechos fundamentales, que no puede ser utilizada como justificación para reducir el nivel de protección estipulado en otras normas de Derecho nacional o internacional[1172]. Al propio tiempo, a pesar de que las Explicaciones no se refieren a esta segunda función inherente a su naturaleza de cláusula de *non regression*, la misma fija un nivel mínimo de protección que no puede ser desconocido o desdeñado por otras normas de Derecho de la Unión con el deliberado objetivo de menguarlo. En palabras de Mangas Martín, «no cabe una *reformatio in peius* en materia de derechos fundamentales» y, por tanto, «solo cabe una evolución a mejor»[1173].

[1170] Para un examen general sobre el artículo 53 CEDH, *vid*., entre otros, CARMONA CONTRERAS, ANA, «¿El nivel o los niveles de protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo?: a vueltas con el artículo 53 de la Carta», en CARMONA CONTRERAS, ANA (dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta: manual de uso*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020; VAN DE HEYNING, CATHERINE, «No Place Like Home - Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights», *op.cit.*, pp. 71-78; SCHABAS, WILLIAM A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 902-904.
[1171] WITTE, BRUNO DE, «Article 53», *op.cit.*, p. 1525.
[1172] *Ibidem*.
[1173] MANGAS MARTÍN, ARACELI, *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005, p. 220.

3.2. Tres interpretaciones doctrinales para el artículo 53 CDFUE

El artículo 53 CDFUE presenta tres posibles interpretaciones y, en este sentido, puede ser concebido en los siguientes términos: una disposición interpretativa que exige adoptar el nivel de protección más elevado, un precepto sobre el ámbito de aplicación de la Carta y una norma para la resolución de conflictos, que fija un nivel mínimo de protección que puede ser superado por los Estados miembros[1174]. A continuación, cada una de tales comprensiones doctrinales de la norma será examinada individualmente. Posteriormente, analizaremos la posición del Tribunal de Justicia a la luz de las sentencias Melloni y Åkerberg Fransson debido a que las mismas presentan el valor de sentar las pautas interpretativas generales más actuales sobre la disposición sometida a estudio, sin perjuicio de hacer mención a otras posteriores. Finalmente, y en virtud de este desarrollo, nos posicionaremos sobre cuál de las mismas nos parece la más adecuada a la luz de una exégesis histórica, literal y sistemática de dicho precepto y, muy especialmente, tomando en consideración el escenario integrado de protección de derechos fundamentales en la Unión Europea.

3.2.1. Norma interpretativa que exige adoptar el nivel de protección más elevado

En primer lugar, una interpretación del artículo 53 CDFUE por la que se imponga en el ámbito de la Unión el nivel de protección más elevado deducible de los ordenamientos nacionales es particularmente problemática. Se suelen referir básicamente dos objeciones para imponer el pretendidamente más elevado nivel de protección en el espacio jurídico europeo.

Por un lado, es una tarea sumamente compleja determinar cuál es el nivel de protección más elevado en cada caso, especialmente cuando varios derechos fundamentales entran en conflicto entre sí[1175]. Si asumiéramos que es deseable imponer un estándar de protección más elevado, lo cual es una cuestión discutida en la doctrina[1176], esto exigiría la complejísima tarea comparativa de determinar cuál de todos los Estados miembros ofrece la mayor protección con respecto a un concreto derecho fundamental. Además, para poder llegar a una conclusión no bastaría con un mero ejercicio de Derecho comparado, sino que la solución vendría dada por un punto de equilibrio fruto de un

---

[1174] Respecto a la distinción de estas tres posibles interpretaciones del artículo 53 CDFUE, TORRES PÉREZ, AIDA, «Constitutional Identity and Fundamental Rights: the Intersection Between Article 4(2) TEU and Article 53 Charter», *op.cit.*, p. 150.

[1175] TORRES PÉREZ, AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, *op.cit.*, pp. 161-162.

[1176] BESSELINK, LEONARD F.M., «Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 35, vol. 3, 1998, pp. 670-674 y 679. Por el contrario, entre aquellos que se suman a una tesis contraria a una interpretación de este artículo en favor de la aplicación de un estándar de máximos, *vid.* RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, «Mostrar los Derechos sin Destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, pp. 43-44.

ejercicio de ponderación entre bienes jurídicos contrapuestos de acuerdo con el peso que se les atribuye a cada uno de ellos en los diferentes ordenamientos nacionales.

En relación a este debate, Weiler ha subrayado que la misma caracterización de la protección de un derecho fundamental como «más elevada» en comparación con la provista en otro sistema jurídico es muy discutible[1177]. Según este autor, la imposición de un estándar de protección «superior» está basada en la engañosa premisa de que ese nivel es siempre el más deseable[1178]. En este sentido, debe ponerse de relieve que los derechos fundamentales no operan de manera aislada, sino que, por el contrario, son comunes aquellos escenarios en que dos derechos fundamentales colisionan entre sí. En estas circunstancias, es necesario acudir a una técnica, que goza de enorme predicamento a lo largo de todo el continente, como es la ponderación entre los diferentes intereses en juego. En tales casos, la protección dispensada en cada caso concreto será el resultado de reconocer una preferencia por unos bien jurídicos u otros, según el equilibrio que cada comunidad fije en cada caso atendiendo a consideración históricas, sociales o económicas. Con ello hemos tratado de explicar que hablar de una mayor o menor protección no parece del todo adecuado, lo cual es particularmente apreciable cuando dos derechos fundamentales entran en conflicto.

Por otro lado, como segunda objeción, incluso si ese pretendido nivel de protección más elevado fuera identificable, se ha criticado que el mismo puede no ser la solución más adecuada en el ámbito supranacional. Siguiendo este razonamiento, se ha defendido que en caso de que el Tribunal de Justicia adoptase esta aproximación, el mismo resultaría «atrapado» por la interpretación alcanzada en un determinado Estado miembro[1179]. Expresado en otros términos, adoptar una posición maximalista en términos de protección de derechos fundamentales supondría «privilegiar la posición de un determinado Estado miembro sobre los restantes» sin que haya una razón que así lo justifique[1180]. Por no decir, una vez más, que esa solución puede no ser la más apta para la Unión en la medida en que le impediría fijar un equilibrio más acorde con sus propios intereses[1181].

3.2.2. Disposición sobre el ámbito de aplicación de la Carta

[1177] WEILER, JOSEPH H.H., *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, *op.cit.*, pp. 109-112.
[1178] *Ibid.*, p. 112.
[1179] TORRES PÉREZ, AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, *op.cit.*, p. 162.
[1180] WITTE, BRUNO DE, «The Past and Future of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», en ALSTON, Paul (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 881.
[1181] WEILER, JOSEPH H.H., *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, *op.cit.*, pp. 110-112.

En segundo lugar, a los efectos de la interpretación del artículo 53 CDFUE como una norma para la delimitación del ámbito de aplicación, debe prestarse una especial atención a la expresión «en su respectivo ámbito de aplicación» contenida en la misma. De acuerdo con algunos autores que han puesto el énfasis en este inciso, este precepto se limita a aclarar que existen ámbitos de aplicación diferenciados y paralelos entre la esfera nacional, la supranacional y la internacional[1182]. A la luz de los trabajos preparatorios que alumbraron el artículo 53 CDFUE y de un estudio comparativo como disposiciones similares en otros instrumentos internacionales, uno de los máximos representantes de esta postura ha sostenido que dicha norma presenta un valor meramente simbólico y carente de un significado jurídico independiente[1183]. Además, añade que la misma fue incluida con un doble propósito. Por un lado, calmar las inquietudes de los Estados miembros de que la Carta en ningún caso sustituiría las Constituciones nacionales. Por otro, no impedir la posibilidad de que la aplicación de los textos constitucionales pueda comportar un nivel de protección más elevado[1184]. Eso sí, ese pretendido nivel más elevado solo podrá prosperar cuando sea aplicable exclusivamente la Constitución nacional y, por tanto, el principio de primacía no resultaría en absoluto afectado por esta interpretación[1185].

Esta interpretación ha generado ciertas dudas precisamente porque pudiera parecer redundante y superflua, en especial si se toma en consideración que el artículo 51 CDFUE ya se ocupa del ámbito de aplicación de la Carta[1186]. Ciertamente, aquellas situaciones no cubiertas por el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea y, simultáneamente, dentro del campo de acción de las Constituciones nacionales no suscitan problema alguno. En estos casos, las Constituciones nacionales despliegan toda su eficacia, siendo esta la norma jurídica de aplicación con exclusión de la Carta, incluso en el caso de que esta última contemplara una redacción diferenciada. Por su parte, en caso de que nos enfrentemos a una situación que se sitúe dentro del ámbito de aplicación de la Carta, y no de las Constituciones nacionales, regirá en toda su extensión la primera.

Desde nuestro punto de vista, no obstante, no puede obviarse que existe la posibilidad de solapamiento entre la Carta y las Constituciones nacionales, siendo esta circunstancia más probable cuanto mayor sea la extensión que se decida conceder al

---

[1182] MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ, «Artículo 53. Nivel de protección», *op.cit.*, pp. 858.
[1183] LIISBERG, JONAS B., «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?», *Common Market Law Review*, núm. 38, vol. 5, 2001, p. 1198. Esta interpretación ha excedido el ámbito estrictamente doctrinal e, incluso, ha llegado a influenciar al Abogado general Bot, si bien su interpretación del artículo 53 CDFUE no fue acogida en la posterior sentencia. En concreto, este Abogado general cita expresamente a Liisberg para defender el valor «político y simbólico» de este precepto que permite diferenciar ámbitos de aplicación distintos para las Constituciones nacionales y la Carta. Conclusiones del AG Y. Bot de 2 de octubre de 2012, Melloni, C-399/11, apartados 129-135.
[1184] LIISBERG, JONAS B., «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?», *op.cit.*, p. 1198.
[1185] *Ibid.*, p. 1196.
[1186] BOER, NIK DE, «Addressing rights divergences under the Charter: Melloni», *Common Market Law Review*, núm. 50, vol. 4, 2013, p. 1093.

ámbito de aplicación de la declaración de derechos europea[1187]. Además, a tenor de la jurisprudencia más reciente, parte de la cual ha sido objeto de análisis en el apartado precedente dedicado al estudio del ámbito de aplicación de la Carta, se puede sostener que el mismo no es precisamente estrecho. De hecho, la misma ha llevado a cabo una labor que ha tenido como resultado un progresivo ensanchamiento y, en consecuencia, se ha extendido sobre un mayor número de supuestos, que superan ampliamente lo que pudiera considerarse una mera implementación del Derecho de la Unión. Esta situación de superposición es fácil de apreciar en aquellos casos en los que los Estados miembros implementan o trasponen normas de la Unión Europea. En tales casos, los Estados miembros están adoptando actos o aprobando normas que presentan una naturaleza jurídica nacional -y, por tanto, tienen como canon de control la Constitución nacional-, pero, al mismo tiempo, están constreñidos por el parámetro de protección de los derechos fundamentales fijados desde instancias europeas. Ante un escenario de aplicación conjunta de la Carta y de las Constituciones nacionales, la hipótesis más habitual será, en línea con la coexistencia de una regulación similar y convergente, la ausencia de un conflicto en el caso concreto. Sin embargo, cuando ambos textos sean aplicables y presenten regulaciones distintas, puede aparecer un potencial conflicto en caso de que las Constituciones nacionales prevean una protección mayor en términos comparativos.

3.2.3. Precepto que fija un nivel mínimo de protección que puede ser superado por los Estados

En tercer y último lugar, otra posible interpretación del artículo 53 CDFUE sería entender que cumple una función similar a la desempeñada por el artículo 53 CEDH en tanto que cláusula de estándar mínimo. De aceptarse esta lectura, la Carta establecería un nivel mínimo de protección que podría ser superado en caso de que así se previera en las Constituciones nacionales. Sin embargo, esta interpretación presenta un problema de base y es el error de equiparar el sistema de protección de los derechos humanos bajo el paraguas del Convenio europeo y el que resulta de la conjunción de los Tratados europeos y de la Carta.

Existen tres rasgos diferenciadores entre ambas realidades que permiten entender la adecuación de la solución señalada para el caso del primero y la inaptitud de la misma para el caso del segundo: su naturaleza jurídica, su finalidad y los principios estructurales que rigen ambas esferas.

Por un lado, el Convenio de Roma se inserta en una organización internacional convencional y presenta un objeto muy limitado: la salvaguarda y mejor efectividad de los derechos humanos. En pocas palabras, sus creadores pretendían garantizar, en términos generales, el respeto a los derechos humanos mediante el establecimiento de unos niveles mínimos y sin vocación de perseguir una uniformidad del grado de

[1187] BESSELINK, LEONARD, «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 8, vol. 1, 2001, pp. 1092-1093.

protección. Por todo ello, no debe extrañarnos que, en línea con los restantes regímenes internacionales de derechos humanos, se rija por el principio de subsidiariedad (artículo 35 CEDH). Por su parte, la Carta se incardina en un ordenamiento jurídico propiamente dicho con unos objetivos transversales y que exceden ampliamente los expresados para el caso del Convenio europeo, lo cual permite entender que se deba adecuar a otros principios. En particular, la Unión Europea se caracteriza por la exigencia de una serie de principios existenciales sin los cuales no sería operativo y, en particular, nos referimos al principio de efectividad, de uniformidad y, muy especialmente, de primacía sobre el Derecho de los Estados miembro[1188]. En efecto, como ha tenido la ocasión de expresar el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, existe un compromiso europeo para proveer un alto nivel de protección de los derechos fundamentales en la Unión (artículo 52.3 CDFUE y Explicaciones relativas al artículo 52.4 CDFUE), pero debe tratarse de un nivel adaptado al Derecho de la Unión y, en particular, a la estructura y los objetivos de la misma[1189]. En todo caso, y al margen de posibles discusiones teóricas sobre su idoneidad o no, esta posible interpretación del artículo 53 CDFUE ha sido rotundamente desechada desde el punto de vista del Derecho positivo a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a que nos referiremos seguidamente.

3.3. Análisis jurisprudencial sobre el nivel de protección en caso de concurrencia de catálogos de derechos fundamentales: dos escenarios posibles

El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación del artículo 53 CDFUE y, en particular, en caso de disparidad entre el nivel de protección nacional y el europeo, en el asunto Melloni[1190]. Se trata un caso por el que el Tribunal Constitucional español planteaba, por primera vez en su historia, una cuestión prejudicial en la que interrogaba al Tribunal de Luxemburgo sobre cómo conciliar

---

[1188] La afirmación del principio de primacía como una «condición existencial» del Derecho comunitario fue expresada, y desde entonces ha ganado gran popularidad entre la doctrina, por el antiguo magistrado del TJCE Pierre Pescatore. *Vid*. PESCATORE, PIERRE, *L'ordre juridique des communautés européennes*, Bruylant, Bruselas, 2006.

[1189] STJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, apartado 4; STJUE de 14 de mayo de 1974, Nold, 4/73, apartado 14; STJCE de 13 de diciembre de 1979, Hauer, 44/79, apartado 14; STJUE de 8 de septiembre de 2010, Winner Wettern, C-409/06, apartados 56 y 61. Para un desarrollo de este argumento, *vid*. Conclusiones del AG Y. Bot de 2 de octubre de 2012, Melloni, C-399/11, apartados 106-112.

[1190] STJUE de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11. Para un examen en profundidad del fallo, *vid*., entre otros, CARMONA CONTRERAS, ANA, «Condenas en rebeldía, euroorden y derechos fundamentales: una cuestión de suelo, techo y espacios comunes», en CARMONA CONTRERAS, ANA (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2018; GORDILLO PÉREZ, LUIS I. y TAPIA TRUEBA, ARIANE, «Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, 2014; TORRES PÉREZ, AIDA, «Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *op.cit.*; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JOSÉ I. y RIPOL CARULLA, SANTIAGO, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales. Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones*, *op.cit.*

interpretaciones divergentes del derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho nacional (artículo 24.2 de la Constitución española) y en una norma de Derecho secundario sobre la orden europea de detención[1191].

En particular, el Tribunal español le refiere una cuestión incidental europea para obtener una opinión del máximo intérprete del Derecho de la Unión que avale una interpretación del artículo 53 CDFUE de acuerdo con la cual el estándar de protección más elevado de los derechos fundamentales previsto en las Constituciones nacionales pueda prevalecer, aun en caso de tratarse de una situación jurídica encuadrada en el ámbito de aplicación de la Carta. No está de más añadir que el espacio de libertad, seguridad y justicia y, muy particularmente, la Decisión marco reguladora de la orden europea de detención va a suscitar problemas de índole constitucional en España -y posteriormente en Francia[1192]- después de haber planteado serias dudas a este respecto en Alemania, República Checa y Polonia[1193].

Las circunstancias que motivaron la cuestión prejudicial giraban en torno a una solicitud de entrega del Sr. Melloni dirigida a las autoridades españolas por parte de un Tribunal italiano donde había sido previamente condenado *in absentia* a una pena privativa de libertad. Concretamente, el centro de la polémica se situaba en que la Constitución española interpretaba que el derecho a la tutela judicial efectiva se entiende vulnerado en casos de juicios penales celebrados en ausencia del acusado, incluso cuando el mismo haya contado para su defensa con la asistencia jurídica de sus letrados que intervinieron en la defensa de sus intereses. El acusado se opuso a la ejecución de la orden de entrega y, para ello, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español. La colisión tuvo lugar entre una concepción particularmente garantista del derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional -que únicamente permitiría la entrega del nacional italiano en caso de que fuese garantizado un nuevo juicio en su país de origen-, y una norma de Derecho derivado de la Unión que únicamente prevé unas causas tasadas de oposición a la orden europea entre las que no cabe esa interpretación constitucional. Ante estas circunstancias, el Tribunal Constitucional español planteó una cuestión prejudicial por la que sugería una solución, amparándose en el artículo 53 CDFUE, que le permitiera aplicar el estándar nacional de protección más elevado en detrimento del estándar inferior comprendido en la Decisión marco. El Tribunal Constitucional español planteaba así una de las cuestiones más desafiantes en el sistema compuesto de protección de derechos fundamentales en la Unión Europea.

De entrada, podemos adelantar que el Tribunal de Justicia respondió en sentido negativo a la sugerencia hermenéutica trasladada por el Tribunal español y, más concretamente, rechazó la posibilidad de interpretar el artículo 53 CDFUE en modo tal

[1191] Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, posteriormente reformada por la Decisión marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009.
[1192] STJUE de 30 de mayo de 2013, Jeremy F. y Premier ministre, C-168/13.
[1193] KOMÁREK, JAN, «European constitutionalism and the European Arrest Warrant: In search of the limits of "contrapunctual principles"», *Common Market Law Review*, núm. 44, vol. 1, 2007.

que favoreciera la aplicación de un estándar nacional de protección más elevado. En defensa de esta línea argumental, el Tribunal de Luxemburgo recurrió a un razonamiento que ha sido argüido en repetidas ocasiones por parte de la jurisdicción europea. En pocas palabras, declaró que una comprensión del precepto controvertido en los términos propuestos constituiría una vulneración de los principios de primacía y efectividad, que apuntalan el ordenamiento jurídico de la Unión[1194]. Asimismo, no sólo se apartó de la propuesta del Tribunal español, sino también de la contenida en las conclusiones presentadas por el Abogado General Bot[1195]. En este sentido, con apoyo en la referencia a «en su respectivo ámbito de aplicación», el Abogado General había defendido que en caso de aplicación simultánea de las Constituciones nacionales y de la Carta, las primeras quedan desplazadas y, por tanto, prevalecería la interpretación contemplada en el Derecho de la Unión Europea. En consecuencia, el rechazo a la interpretación insinuada por el Tribunal Constitucional por parte de las conclusiones generales es muy claro y el mismo se fundamenta en una concepción absoluta del principio de primacía[1196].

Por razón de su relevancia, merece reproducir *in extenso* el pasaje de la resolución judicial en el caso Melloni en que el Tribunal de Justicia determina en qué casos resulta de aplicación un catálogo de derechos u otro y la justificación que fundamenta ese criterio. Dice así la sentencia:

> «Cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»[1197].

El tándem jurisprudencial Melloni-Åkerberg Fransson, dictadas ambas sentencias no casualmente el mismo día, abre la puerta a un escenario jurídico renovado a partir del cual se articula un modelo sofisticado y operativo para dar respuesta al interrogante principal que plantea el artículo 53 CDFUE, a saber: el modo de interacción entre el nivel de protección nacional y supranacional representado respectivamente por las Constituciones nacionales y la Carta. De hecho, como bien sabemos, intervienen otros instrumentos jurídicos con la misma finalidad de reforzar la protección de los derechos humanos donde, sin lugar a dudas, el Convenio europeo ocupa un lugar preeminente. Sin embargo, advertimos de inicio que nuestro enfoque se concentrará principalmente en la

---

[1194] STJUE de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, apartados 58 y 63: «dicha interpretación del artículo 53 de la Carta *menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión*, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado» (…) «permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 de la Carta para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía (…) para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de defensa protegidos por la Constitución del Estado de ejecución, *conduciría* (…) *a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco*». La cursiva es nuestra.
[1195] Conclusiones del AG Y. Bot, de 2 de octubre de 2012, Melloni, C-399/11, apartados 97-103.
[1196] TORRES PÉREZ, AIDA, «Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *op.cit.*, p. 316.
[1197] STJUE de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, apartado 60.

interacción entre la Carta y las Constituciones nacionales porque, como veremos, será precisamente en ese concreto contexto donde intervenga el fenómeno jurídico de la identidad nacional.

A la luz de estos dos pronunciamientos apenas citados, es posibles discernir dos posibles escenarios bien delimitados en atención a un criterio: el grado determinación de una situación jurídica por el Derecho de la Unión. Por determinación nos referimos a aquellos ámbitos regulatorios que han sido objeto de armonización por parte del Derecho supranacional o, lo que es lo mismo, son áreas sobre las que el Derecho de la Unión ha regulado con un grado de delimitación muy elevado a los efectos de alcanzar un significativo nivel de homogeneidad. Asimismo, un mayor grado de determinación trae necesariamente aparejada una menor discrecionalidad por parte de los Estados miembros, y viceversa. Sentadas estas ideas básicas, corresponde estudiar separadamente cada una de tales situaciones jurídicas.

3.3.1. Completa determinación por el Derecho de la Unión

En aquellas situaciones en las que el Derecho de la Unión, en los términos interpretados por el Tribunal de Justicia, determine completamente el modo de actuar de los Estados miembros, la Carta se erige como el único marco normativo de aplicación en materia de derechos fundamentales y, como consecuencia inmediata, desplaza a las Constituciones nacionales. Esta regla general fue impuesta a partir del asunto Melloni previamente descrito que, por otra parte, se presenta como un ejemplo cristalino de este grupo de situaciones tal y como expondremos seguidamente.

Uno de los fundamentos jurídicos centrales sobre los que se apoya el Tribunal de Justicia para alcanzar su conclusión final en el asunto Melloni fue la *ratio legis* que inspiró la formulación de la normativa aplicable. Advertida la existencia de ciertos argumentos esgrimidos de continuo por parte de los Estados miembros que ponían en serio riesgo la efectividad del mecanismo de la euroorden, el legislador europeo aprueba una nueva directiva (Decisión marco 2009/299/JAI) para modificar a la anterior (Decisión marco 2002/584/JAI) con el declarado objetivo de superar tales deficiencias. En particular, y de acuerdo con el considerando cuarto de la Decisión marco 2009/299/JAI[1198], aquella es aprobada con el propósito de impedir que la ausencia del imputado en un proceso penal pudiera ser alegada como una causa justificativa para denegar la entrega al Estado requirente. En efecto, la mencionada sentencia pone el énfasis en que a raíz de la citada norma se lleva a cabo una «armonización de las condiciones de ejecución de una orden

[1198] Decisión marco 2009/299/JAI, considerando núm. 4: «Es preciso definir motivos comunes claros de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. La presente Decisión Marco tiene por objeto definir estos motivos comunes, habilitando a la autoridad de ejecución para hacer cumplir la resolución pese a la incomparecencia del imputado en el juicio, sin menoscabo del derecho de defensa del imputado».

de detención europea en casos de condena en rebeldía, que refleja el consenso alcanzado entre los Estados miembros»[1199]. En consecuencia, «permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 de la Carta para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista en la Decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor (…) conduciría (…) a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que esta pretende reforzar»[1200].

Así las cosas, el Tribunal de Justicia afirma sin ningún género de dudas que el conflicto jurídico entre manos versa sobre un ámbito que ha sido sometido a armonización y esa circunstancia determina que sea la Carta el parámetro aplicable en materia de derechos fundamentales. Expresado en un sentido negativo, en presencia de un escenario de completa determinación por parte del Derecho de la Unión, no puede prevalecer el régimen protector contemplado en las Constituciones nacional, ni siquiera, como sucede en el asunto Melloni, aunque estas últimas otorguen una mayor protección. Este desarrollo jurisprudencial es coherente con la distribución competencial y la delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación a que se refieren los artículos 51.2 CDFUE y 53 CDFUE en la medida en que la Carta se afirma de manera prevalente únicamente en aquellas esferas sobre las que tiene atribuida potestades y es aplicable la Carta[1201].

3.3.2. Determinación parcial por el Derecho de la Unión

A diferencia del supuesto anterior, en los casos en que el Derecho de la Unión únicamente determina parcialmente la situación jurídica de que se trate, se reconoce un margen de discrecionalidad a los Estados miembros que permite que las Constituciones nacionales puedan ser aplicadas. Esta solución viene confirmada por el asunto Åkerberg Fransson que constituye igualmente un ejemplo muy ilustrativo de aplicación de esta jurisprudencia. En este sentido, declara la sentencia en el apartado clave a estos efectos que:

> «En una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»[1202].

Antes de nada, debe puntualizarse que la concurrencia de los presupuestos fijados en esta decisión judicial no determina inmediatamente la aplicación de las Constituciones nacionales y, por ende, la completa exclusión de la Carta. En tales casos, cualquiera de

[1199] STJUE de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, apartado 62.
[1200] *Ibid.*, apartado 63.
[1201] SARMIENTO, DANIEL, «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *op.cit.*, p. 1291.
[1202] STJUE de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, apartado 29.

las dos declaraciones de derechos es susceptible de ser aplicada, correspondiendo a los Tribunales nacionales la facultad de optar por uno u otro catálogo. Ahora bien, enfrentado a estas circunstancias, no consideramos que sea muy aventurado predecir una propensión de los mismos en favor de la aplicación de la Constitución nacional motivados por, entre otras circunstancias, una formación y una experiencia profesional que, en principio, les ha permitido alcanzar un mayor dominio de esa normativa[1203].

A partir de este pronunciamiento que -junto con el asunto Melloni- interpreta por primera vez el artículo 53 CDFUE, los Tribunales nacionales pueden aplicar el nivel de protección nacional previo cumplimiento de dos condiciones cumulativas. Así, para que los ordenamientos nacionales puedan resultar aplicables es preciso que los mismos, en todo caso, dispensen una protección superior que la otorgada por la Carta y, además, dicha protección no puede comprometer la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. Dicho de otro modo, estas condiciones pueden ser entendidas como una suerte de excepciones que, en caso de verificarse, sustraen a los Estados miembros de la posibilidad de aplicar el estándar de protección nacional. De este modo, se confirma que en caso de apreciarse que el nivel de protección garantizado en el Derecho nacional es inferior que en el *bill of rights* europeo y/o la solución derivada de la entrada en juego del Derecho doméstico pone en cuestión algunos de los antedichos principios estructurales de la Unión, las Constituciones nacionales no pueden ser aplicables.

Respecto de la primera de las excepciones, parece que el Tribunal de Justicia está dando pie a una interpretación del artículo 53 CDFUE que pudiera ser incluso contraria a lo que resulta de una interpretación literal de la misma[1204]. Esto es así porque no se afirma ya que la Carta no puede ser invocada como una excusa cuya aplicación traiga como consecuencia una reducción del nivel de protección contemplado en los ordenamientos nacionales, sino que es el estándar de protección nacional el que no puede mermar el previsto en el orden supranacional. En cuanto a esta objeción, debe indicarse que, según una parte de la doctrina, dicha salvedad puede superarse mediante una interpretación conforme con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Luxemburgo que tiende a buscar una lectura que permita acomodar ese precepto con los principios de primacía, aplicación uniforme y efectividad. En palabras del Safjan, la solución adoptada no constituye más que una de las posibilidades hermenéuticas entre las diferentes aproximaciones factibles y que la opción del juez europeo no se funda en una interpretación literal, sino sistemática[1205]. Por su parte, la segunda objeción requiere una mayor elaboración dado que, en aras de una defensa de aquellos principios que sustentan

[1203] SARMIENTO, DANIEL, «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *op.cit.*, p. 1294.
[1204] TORRES PÉREZ, AIDA, «Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter», *op.cit.*, p. 151.
[1205] SAFJAN, MAREK, «Les dilemmes de l'application de standards plus élévés de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l'identité constitutionnelle», en TIZZANO, ANTONIO, ROSAS, ALLAN, SILVA DE LA PUERTA, ROSARIO, LENAERTS, KOEN y KOKOTT, JULIANNE (dirs.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, Bruylant, París, 2015, pp. 548-549.

a la Unión Europea como ordenamiento autónomo, se puede acabar reduciendo el nivel de protección de los derechos fundamentales.

Una vez expuesta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 53 CDFUE y, más concretamente, sobre el modelo confeccionado por vía judicial para dar respuesta a aquellos conflictos sobre el nivel de protección de derechos fundamentales en caso de concurrencia aplicativa de la Carta y de las Constituciones nacionales, corresponde emitir una opinión crítica sobre esta cuestión. A partir de la misma, será posible completar y enriquecer una visión que se sume a la explicación eminentemente descriptiva llevada a cabo hasta el momento.

La idea principal que debemos extraer de esta jurisprudencia europea es que la misma permite la coexistencia de dos declaraciones de derechos en el espacio jurídico europeo. De acuerdo con la misma, el criterio determinante que activa la aplicación del catálogo de derechos nacional o europeo es el grado de determinación del Derecho de la Unión o, expresado en otros términos, el margen de discrecionalidad que se les conceda a los Estados miembros a la hora de implementar o aplicar ese Derecho. Desde un punto de vista teórico, esta construcción jurisprudencial no cierra el paso a la posibilidad de que el nivel de protección nacional más elevado consagrado en los textos constitucionales pueda prosperar. De este modo, es cierto que el margen de operatividad de las Constituciones nacionales en los términos en que el Tribunal de Luxemburgo interpreta el artículo 53 de la Carta es relativamente reducido, pero, en todo caso, no lo neutraliza o lo hace impracticable. En consecuencia, son imaginables situaciones en las que una mayor protección de los derechos fundamentales en los términos previstos por las Constituciones nacionales pueda prevalecer, siempre y cuando se respete el nivel mínimo de protección derivado de la Carta y no resulten comprometidos los principios de primacía, unidad y efectividad del ordenamiento jurídico de la Unión.

Sin perjuicio de compartir este diagnóstico en términos generales, debemos poner de manifiesto la existencia de una serie de riesgos latentes que pueden traer como resultado un mayor protagonismo de la Carta y, al mismo tiempo, un espacio de intervención cada vez más reducido de las Constituciones nacionales. En este sentido, es pertinente concentrar nuestra atención en dos cuestiones independientes que favorecen ese resultado que acabamos de apuntar. En primer lugar, la aplicación y evolución reciente de dos criterios desencadenantes de la aplicación de esta construcción jurisprudencial apenas expuesta: el ámbito de aplicación de la Carta y el grado de determinación del Derecho de la Unión. En segundo lugar, la jurisprudencia posterior al referido binomio judicial Melloni-Åkerberg Fransson.

Entre los dos criterios cuyo cumplimiento da pie a la aplicación de la Carta, el primero de ellos puede considerarse propiamente como un prerrequisito, en el sentido de que el verdadero conflicto se presenta cuando la situación jurídica controvertida entre simultáneamente dentro del ámbito de aplicación de las Constituciones nacionales y de la Carta. En caso contrario, cada uno de tales textos jurídicos actúa de manera exclusiva y,

por tanto, la complejidad resulta sorteada. Dicho esto, junto con el nivel de protección de los derechos fundamentales, el ámbito de aplicación de la Carta es sin duda uno de los debates más prolíficos en torno a esta norma supranacional. Sin entrar en detalles sobre cuestiones ya desarrolladas de manera extensa con anterioridad, no cabe duda de que el desarrollo jurisprudencial ha experimentado una clara tendencia hacia una progresiva ampliación de sus contornos. Así pues, la controvertida cláusula «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión» ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de una manera cada vez más abierta y favorable a comprender un mayor número de supuestos y, en consecuencia, refuerza considerablemente la presencia de la Carta.

En términos semejantes, el segundo de los requisitos a que hacíamos mención, el grado de determinación de la Unión, presenta una dinámica igualmente expansiva[1206]. En otras palabras, la Unión Europea, en el ejercicio de las robustas competencias atribuidas por los Tratados -que, a su vez, han sido suscritos por los Estados miembros-, ha ido desarrollando sus capacidades legislativas en un número mayor de esferas y de manera cada vez más pormenorizada. Ciertamente, debe prevenirse que una cosa es que la Unión ejerza sus potestades legislativas y otra muy distinta que haga un uso de ellas con la voluntad de armonizar y, por tanto, siempre es posible dejar un margen de maniobra en favor de los Estados. No obstante, la tendencia que se puede advertir es precisamente la inversa. Por todo ello, la confluencia de ambos factores es particularmente proclive a un escenario en el que la Carta asuma un mayor protagonismo a expensas de las Constituciones de los Estados miembros. En pocas palabras, un posible riesgo que se puede percibir a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es que la protección de los derechos fundamentales a través de la Carta se convierta en la norma general, mientras que dicha protección por medio de los textos constitucionales nacionales sea la excepción[1207].

Asimismo, de manera colateral, otro de los posibles damnificados de perseverarse en esta línea de actuación por parte de las instituciones europeas serían los Tribunales Constitucionales nacionales. En este sentido, debe recordarse que los Tribunales Constitucionales son los máximos intérpretes de los derechos fundamentales e, incluso en algunos casos, pueden canalizarse procesos ante la jurisdicción constitucional nacional para la garantía de los mismos[1208]. En estas circunstancias, una de las principales

---

[1206] Sobre este particular, afirma Requejo Pagés que «al hacer de la Unión un sujeto de garantía de los derechos fundamentales se ha instalado en su estructura un factor de expansividad competencial ilimitada al que se hará muy difícil poner otro coto que el que quieran imponerse las propias instituciones comunitarias (…). Para los Estados se hará cada vez más difícil contener la ambición expansiva de la Unión, amparada además en un recurso tan ideológicamente efectivo como es la defensa de los derechos fundamentales». REQUEJO PAGÉS, JUAN L., *El sueño constitucional*, KRK ediciones, Oviedo, 2016, pp. 236-237.

[1207] REESTMAN, JAN-HERMAN y BESSELINK, LEONARD, «Editorial. After Åkerberg Fransson and Melloni», *European Constitutional Law Review*, núm. 9, vol. 2, 2013, p. 171.

[1208] Para un estudio comparado sobre los poderes de los Tribunales Constitucionales en Europa y, en concreto, sobre su función como garantes de los derechos fundamentales, *vid.* VISSER, MAARTJE DE, *Constitutional Review in Europe. A comparative analysis*, *op.cit.*, pp. 97-98 y 142-155.

atribuciones en manos de tales órganos jurisdiccionales puede verse indefectiblemente minada y, en consecuencia, asistiríamos a un cada vez mayor desplazamiento, ya no solo de las declaraciones nacionales de derechos, sino también del papel institucional de tales Tribunales[1209].

Por otra parte, contamos con jurisprudencia posterior a los asuntos Melloni y Åkerberg Fransson, la cual constituye un elemento más que refuerza la tesis de una paulatina pérdida de centralidad de las Constituciones nacionales como garantes de los derechos fundamentales en el espacio constitucional común europeo. A este respecto, constituye un ejemplo notable el asunto M.G. y N.R.[1210], que fue dictado apenas unos meses más tarde que las sentencias marco en esta cuestión.

Brevemente, los antecedentes de hecho que originan el conflicto se sitúan en el proceso de expulsión iniciado por las autoridades neerlandesas contra dos nacionales de terceros países, los Sres. M.G. y N.R., que se rige por la denominada «Directiva retorno»[1211]. En el marco de ese procedimiento, se reconoció una prórroga de internamiento por un máximo de doce meses sin haber dado previamente audiencia a las partes contra las que se dictó dicha decisión. Así las cosas, el Tribunal nacional competente, ante las dudas de que esa decisión fuera contraria al derecho de defensa (artículo 41.2 CDFUE), elevó una cuestión prejudicial a los efectos de conocer las consecuencias de esa vulneración desde el punto de vista del Derecho de la Unión. En particular, deseaba conocer si, en caso de declararse la vulneración de ese derecho fundamental, esta conclusión determinaría la invalidez de la prórroga y el consecuente levantamiento del internamiento de los perjudicados.

De entrada, cabe comenzar señalando que la sentencia no menciona en ningún momento ni el artículo 51 CDFUE ni el artículo 53 CDFUE. En la respuesta ofrecida por el Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial planteada, parece asumirse implícitamente la aplicación de la Carta sin que pueda apreciarse una justificación expresa al respecto. Podría intepretarse que el razonamiento seguido por el Tribunal de Luxemburgo es que el sometimiento de la situación jurídica controvertida a la Directiva de retorno justificaría por sí misma la aplicación de la Carta o, dicho en términos más sencillos, la aplicación del Derecho de la Unión comporta automáticamente la aplicación de la Carta. Por otra parte, no existe tampoco elaboración alguna sobre el grado de determinación del Derecho de la Unión y el consiguiente margen de maniobra en manos de los Estados miembros,

---

[1209] Recién publicadas las sentencias Melloni y Åkerberg Fransson, Fontanelli advirtió que las mismas tenían el potencial de marginar la protección nacional de los derechos fundamentales y quizás incluso las propias Constituciones nacionales. FONTANELLI, FILIPPO, «*Hic Sunt Nationes*: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog», *European Constitutional Law Review*, núm. 9, vol. 2, 2013, p. 332.

[1210] STJUE de 10 de septiembre de 2013, M.G. y N.R., C-383/13 PPU.

[1211] Directiva 2008/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

con ausencia absoluta de mención a la sentencia Åkerberg Fransson. Y este último punto es fundamental porque, sumándonos a la posición de varios autores[1212], bien podría defenderse que existía un amplio margen de maniobra porque

> «en el sistema de la Directiva 2008/115 los Estados miembros, en el marco de su autonomía procedimental, deben determinar las condiciones conforme a las que ha de asegurarse el respeto del derecho a ser oídos de los nacionales de terceros países en situación irregular, por una parte, y regular las consecuencias de la vulneración de ese derecho, por otra parte»[1213].

Finalmente, el Tribunal de Justicia se posiciona en favor de reconocer en este caso la prevalencia de la Carta, y con ello la no aplicación de los estándares de protección nacionales, en virtud del principio de efecto útil[1214]:

> «el Derecho de la Unión, en particular el artículo 15, apartados 2 y 6, de la Directiva 2008/115, debe interpretarse en el sentido de que, cuando en el marco de un procedimiento administrativo se ha decidido la prórroga de una medida de internamiento con vulneración del derecho a ser oído, el juez nacional competente para apreciar la legalidad de esa decisión sólo puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento si estima, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de Derecho de cada caso concreto, que esa vulneración ha privado efectivamente a quien la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente»[1215].

Esta solución judicial parece desconocer la jurisprudencia Åkerberg Fransson y esto se debe no solo a que no justifica su decisión en base a las reglas hermenéuticas instauradas a partir de la misma, sino porque incorpora un nuevo criterio -el principio de efecto útil- inexistente en aquella. A raíz de esta novedad jurisprudencial, sería posible interpretar una intención de parte del Tribunal de Justicia de sacrificar «la lógica de la tutela de los derechos fundamentales a la dura y pura efectividad del Derecho de la Unión»[1216]. Suscribimos sustancialmente en este punto las palabras de Alonso García que critica de manera muy severa este fallo en los siguientes términos:

> «Si estos fueran los derroteros por los que hubiera de moverse en un futuro el Tribunal de Justicia, construyendo sin rigor y a la baja los estándares europeos de la Carta en

---

[1212] ALONSO GARCÍA, RICARDO, *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 61; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JOSÉ I. y RIPOL CARULLA, SANTIAGO, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales. Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones*, *op.cit.*, p. 187.

[1213] STJUE de 10 de septiembre de 2013, M.G. y N.R., C-383/13 PPU, apartado 37.

[1214] ALONSO GARCÍA, RICARDO, *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, *op.cit.*, p. 61.

[1215] STJUE de 10 de septiembre de 2013, M.G. y N.R., C-383/13 PPU, apartado 45.

[1216] UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JOSÉ I. y RIPOL CARULLA, Santiago, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales. Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones*, *op.cit.*, p. 187.

ámbitos tan sensibles como los que hasta hace poco presidía el espíritu intergubernamental (…) y desconociendo en última instancia la puerta abierta por Åkerberg a hipotéticos estándares superiores de protección de la mano de los catálogos nacionales auguro un renacimiento, de la mano de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, de la doctrina de los contra-límites al Derecho de la Unión elaborada en Italia y Alemania en la década de los setenta»[1217].

Además, no parece que se trate de una sentencia aislada cuya separación respecto de la considerada unánimemente por la doctrina como jurisprudencia marco se deba considerar como fruto de un razonamiento judicial erróneo e intrascendente. En este sentido, como ejemplo posterior de tendencia a la baja del estándar supranacional de los derechos fundamentales aun existiendo margen de acción para los Estados miembros ha sido referido por varios autores el asunto Texdata Software[1218]. Para terminar con este argumento, añadir únicamente que la posición de Alonso García ha sido igualmente respaldada por voces muy autorizadas de la doctrina que auguran que la extensión de la aplicabilidad de la Carta puede suponer un renacimiento de la doctrina de los contralímites y, en concreto, en la esfera de la protección de los derechos fundamentales[1219].

En términos generales, subyace a toda esta construcción jurisprudencial una crítica de singular relieve, que ha sido apuntada a lo largo de este discurso, correspondiendo ahora ocuparnos con mayor detalle. En pocas palabras, y a modo de brevísima recapitulación, la confluencia de la Carta y de las regulaciones nacionales de derechos fundamentales, de acuerdo con el diseño trazado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, plantea el problema de que el Tribunal supranacional dispense una protección menos exigente que el que garantizan los ordenamientos nacionales en aras de una defensa de los principios estructurales de la Unión[1220]. En tales casos, y expresado en un lenguaje metafórico común en la doctrina, la Carta ya no va a constituir un nivel

---

[1217] ALONSO GARCÍA, RICARDO, *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, *op.cit*., p. 62.

[1218] STJUE de 26 de septiembre de 2013, Texdata Software, C-418/11.

[1219] REESTMAN, JAN-HERMAN y BESSELINK, LEONARD, «Editorial. After Åkerberg Fransson y Melloni», *op.cit.*, p. 172; SARMIENTO, DANIEL, «Awakenings: the "Identity Control" decision by the German Constitutional Court», *Verfassungsblog*, https://verfassungsblog.de/awakenings-the-identity-control-decision-by-the-german-constitutional-court/, 2016.

[1220] Sobre esta hipótesis de conflicto consistente en una posible reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales en los términos previstos en los ordenamientos nacionales, ya advirtió el Tribunal Constitucional en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial en el asunto Melloni. ATC de 9 de junio de 2011, 86/2011, FJ 7 b): «Esta lectura del precepto citado [artículo 53 CDFUE] encontraría su fundamento en una apreciación rigurosa (...) de la razonable pretensión de uniformidad del Derecho de la Unión, pero ello sería a costa, de un lado, de la desactivación del art. 53 CDFUE, que quedaría privado de contenido jurídico propio y se convertiría en una disposición redundante con respecto al art. 51 CDFUE, y de otro lado, *especialmente, del reconocimiento de que la Carta puede dar lugar en los Estados miembros a la reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales que se deriva de sus normas constitucionales*». La cursiva es nuestra. En todo caso, esta preocupación puede remontarse a un momento anterior coincidente con los trabajos preparatorios de la Carta. Así, Liisberg ha sostenido que el artículo 53 CDFUE fue aprobada para responder al temor una posible rebaja del estándar de protección constitucional. LIISBERG, JONAS B., «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?», *op.cit.*, p. 1198.

mínimo de protección o suelo, sino que la misma se erige como un estándar insuperable o techo de protección. Esta posible disonancia se ha puesto de manifiesto de manera particularmente ilustrativa a raíz del asunto Melloni e, incluso, sus potenciales agravios han sido acentuados según se desprende de la jurisprudencia posterior. De hecho, una parte de la academia ha alertado de los riesgos de mantener los perfiles más perniciosos de dicha jurisprudencia hasta el punto de que ha presagiado que no es descartable que los Tribunales Constitucionales se opongan a la misma acudiendo a su recurso de *ultima ratio*: los contralímites. Enunciada así la problemática, conviene expresar nuestro parecer sobre este respecto.

Reiteramos que, en términos generales, la construcción jurisprudencial promovida a instancias del Tribunal de Justicia merece una valoración positiva en la medida en que es capaz de ofrecer un marco operativo sólido y fundado para dar respuesta a un escenario presidido por una pluralidad de declaraciones de derechos fundamentales y de Tribunales encargados de su interpretación (y, en su caso, protección). Sin perjuicio de admitir una adhesión general a la misma, nos sumamos a las críticas que ponen de manifiesto que la jurisprudencia más reciente emanada del Tribunal de Justicia puede acarrear un indeseado desplazamiento de las Constituciones nacionales e, incluso, de los Tribunales Constitucionales.

Desde nuestro punto de vista, el Tribunal de Luxemburgo no parece tomar debidamente en consideración que los derechos fundamentales operan en un marco constitucional compuesto y complejo donde es necesario prestar atención a las características y necesidades específicas de los ordenamientos nacionales, y no solo las del propio. Reconociendo, como no puede ser de otro modo, la capital importancia de los principios de primacía, unidad y efectividad del sistema jurídico de la Unión, no es menos relevante la arquitectura constitucional de los Estados miembros. Frente al silencio sobre este punto en la respuesta ofrecido por el Tribunal de Justicia en el asunto Melloni, debe concederse que las conclusiones del Abogado general Bot en esa misma sentencia presentan una justificación elaborada en defensa de una lectura del artículo 53 CDFUE contrario a admitir la prevalencia del nivel de protección *iusfundamental* nacional derivado de las normas constitucionales.

En este sentido, son sumamente interesantes sus reflexiones en las que, si bien reconoce que «la interpretación de los derechos protegidos por la Carta debe tender a un nivel elevado de protección» en consonancia con lo previsto en el artículo 52.3 CDFUE[1221] y las Explicaciones relativas al artículo 52.4 CDFUE, «debe tratarse de un

[1221] Artículo 52.3 CDFUE: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». *Vid.* ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, FERNANDO, «Acto y potencia de la cláusula de apertura del artículo 52.3 de la Carta», en CARMONA CONTRERAS, ANA (dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta: manual de uso*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

nivel de protección adaptado al Derecho de la Unión»[1222]. Concretamente, recordando una jurisprudencia reiterada, dispone que «la salvaguardia de éstos [los derechos fundamentales] debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de ésta»[1223]. Más interesante aún es la justificación de esta afirmación que se basa en la consideración de que «los derechos fundamentales que se han de proteger y el nivel de protección que se les debe atribuir» está ligado a circunstancias sociales, culturales e históricas que configuran cada ordenamiento jurídico[1224]. Precisamente, se ha criticado que este razonamiento es igualmente aplicable a los ordenamientos nacionales, y no solo al Derecho de la Unión, que comprende la única preocupación del Abogado generales en toda esta argumentación[1225]. Expresado en pocas palabras, sorprende que sea incapaz de hacer un ejercicio de empatía que comprenda que los ordenamientos nacionales presentan necesidades equivalentes.

Para poder conciliar los intereses nacionales y los supranacionales no es necesario despojarnos de la jurisprudencia Melloni-Åkerberg Fransson, siendo bastante con llevar a cabo una interpretación de la misma que sea más sensible con el plano nacional. En este sentido, los condicionamientos expresados en la sentencia Melloni deben ser interpretados en clave de excepción y, como tal, ser interpretados restrictivamente[1226]. En consecuencia, defendemos que, en aquellos casos en los que no exista una determinación o armonización del Derecho de la Unión muy elevada, debe prevalecer el nivel de protección más elevado de los Estados miembros. Con esto no queremos decir que los Tribunales nacionales sean libres para aplicar de manera unilateral los estándares constitucionales, sino que corresponderá al Tribunal de Justicia, en un análisis caso por caso, interpretar el artículo 53 CDFUE de modo que pondere los concretos derechos e intereses en juego[1227]. Aun reconociendo, como no puede ser de otro modo, la importancia capital (incluso existencial) de los principios de primacía, uniformidad y efectividad del Derecho de la Unión, esto no debe obstar para que puedan admitirse excepciones puntuales y limitadas de estos principios estructurales. Tales excepciones, tal y como trataremos de exponer en el siguiente apartado con más detalle, no vulnerarían el principio de primacía porque vendrían impuestas por el propio Dercho de la Unión (artículo 4.2 TUE) y, además, comportarían una afección muy limitada a la uniformidad en la medida en que solo afectaría a un solo Estado miembro y en circunstancias muy excepcionales.

[1222] Conclusiones del AG Y. Bot de 2 de octubre de 2012, Melloni, C-399/11, apartado 106.
[1223] *Ibid.*, apartado 107.
[1224] *Ibid.*, apartado 109.
[1225] REESTMAN, JAN-HERMAN y BESSELINK, LEONARD, «Editorial. After Åkerberg Fransson y Melloni», *op.cit.*, p. 170.
[1226] SARMIENTO, DANIEL, «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *op.cit.*, p. 1295.
[1227] TORRES PÉREZ, AIDA, «*Melloni* in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *op.cit.*, p. 328.

IV. Convergencia entre la cláusula de identidad nacional y el nivel de protección de los derechos fundamentales

Gracias al imprescindible recorrido analítico que no has precedido en relación a dos disposiciones indudablemente conectadas de las cláusulas horizontales (artículo 51 CDFUE y artículo 53 CDFUE), es posible advertir la potencial incidencia de la identidad nacional en la concreta esfera de la protección de los derechos fundamentales. En una primera aproximación, puede observarse que tanto el artículo 4.2 TUE como el artículo 53 CDFUE comparten la característica de ser disposiciones centrales del Derecho de la Unión sobre las que existe un profundo debate doctrinal y jurisprudencial en torno a su sentido y alcance. A nuestro modo de ver, ambos artículos pueden ser interpretados conjuntamente en modo tal que favorezcan la creación de un espacio de convergencia, especialmente propicio e insuficientemente explorado, que pueda favorecer la aplicación del estándar nacional de protección más elevado de los derechos fundamentales. Así entendido, esta contribución puede resultar de ayuda a los efectos de subsanar algunas de las deficiencias apenas advertidas de la jurisprudencia supranacional en relación al artículo 53 CDFUE y, en especial, la posibilidad de una protección a la baja de los derechos fundamentales en aras de una garantía de los principios fundamentales del Derecho de la Unión.

En un primer momento, corresponde delimitar ese punto de encuentro o, expresado en términos más precisos, las coincidencias aplicativas entre uno y otro precepto[1228]. A primera vista, pudiera parecer que el artículo 4.2 TUE contempla un contenido considerablemente más amplio que el artículo 53 CDFUE, dado que el primero se extiende a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros, mientras que el segundo se concentra únicamente en los derechos fundamentales[1229]. Sin embargo, un examen más detenido sobre este punto nos permitirá precisamente llegar a la conclusión contraria.

Aun persistiendo considerables dudas en torno a la noción de identidad nacional, es un lugar común afirmar que la misma comprende la protección de los derechos fundamentales[1230]. No obstante, este concepto no incorpora como tal la categoría de los derechos fundamentales en un sentido general, sino determinadas expresiones de los mismos[1231]. Desde un punto de vista teórico, esa categoría jurídica puede tener expresión

---

[1228] A modo de breve apunte que refleje la conexión entre uno y otro precepto, no está de más indicar que la propia Carta recoge la idea de identidad nacional en su propio texto cuando la menciona en su Preámbulo (párrafo tercero).

[1229] TORRES PÉREZ, AIDA, «Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter», *op.cit.*, p. 143.

[1230] BESSELINK, LEONARD, «The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions», *op.cit.*, p. 6; VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1436.

[1231] En esta misma línea parecen apuntar las conclusiones del AG en el asunto Melloni, *vid.* Conclusiones del AG Y. Bot de 2 de octubre de 2012, Melloni, C-399/11, apartado 142: «A mi parecer, no debe confundirse lo que corresponde a una concepción exigente de la protección de un derecho fundamental con

en una particular noción de un derecho fundamental, el concreto alcance de uno de ellos o un determinado equilibrio fijado en caso de colisión entre diversos derechos. Esa particular configuración jurídica de un determinado derecho fundamental, en cada uno de los tres extremos señalados, es fruto de un consenso en el plano nacional que obedece a diversas motivaciones estrechamente vinculadas a su cultura jurídica y, en algunos casos, puede estar ligada a la identidad nacional de un Estado miembro.

Esta visión doctrinal que sostiene la incorporación de los derechos fundamentales como parte integrante de la idea de identidad nacional ha sido igualmente refrendada por diversos pronunciamientos judiciales emanados de los Tribunales Constitucionales nacionales, que los han identificado como un límite insuperable a la integración europea. Es sobradamente conocida la sentencia Solange I en virtud de la cual el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró, en esencia, que el mismo se reservaba la potestad de garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales en la medida en que los mismos no gozarán de una protección equivalente en el entonces Derecho comunitario[1232]. Previamente, para alcanzar dicha conclusión, el Tribunal de Karlsruhe había declarado en ese mismo asunto que la integración europea no podía comportar una reforma de las estructuras básicas de su Constitución, que forman parte de su propia identidad[1233]. Asimismo, existen otras resoluciones judiciales provenientes de las máximas autoridades judiciales nacionales que han adoptado una aproximación similar, situando a los derechos fundamentales en el centro de sus preocupaciones en las tensiones entre el Derecho Constitucional y el Derecho de la Unión[1234]. Ciertamente, estos son pronunciamientos judiciales dictados, en su mayoría, en un momento relativamente prematuro de la integración europea en el que aún no existía ni una garantía *iusfundamental* equivalente a la nacional, ni una protección tan reforzada como la existente en el momento actual. En todo caso, no por ello puede decirse que la doctrina de los contralímites haya sido aún completamente neutralizada en el concreto ámbito de los derechos fundamentales como resultado de la evolución experimentada por la

---

una vulneración de la identidad nacional, o más precisamente de la identidad constitucional de un Estado miembro. En el presente asunto se trata ciertamente de un derecho fundamental protegido por la Constitución española cuya importancia no cabe subestimar, pero ello no significa sin embargo que deba pensarse en la aplicación del artículo 4 TUE, apartado 2».

[1232] *Vid*. STCFA 29 de mayo de 1974, Solange I, 2 BvL 52/71.

[1233] *Ibid*., apartado 22.

[1234] Entre las mismas, no puede dejar de mencionarse el papel precursor de la *Corte costituzionale*, a quien debe atribuírsele la autoría de la doctrina de los contralímites, posteriormente exportada a otros Estados miembros. En particular, ya desde sus primeras sentencias sobre este particular identifica claramente a los derechos fundamentales como una de las materias constitucionales fundamentales del ordenamiento nacional. Entre las resoluciones más claras sobre la identificación de los derechos fundamentales en el concepto de identidad nacional, *vid*., STC de Italia de 18 de diciembre de 1973, apartado 9; STC de Italia de 5 de junio de 1984, Granital, 170/1984, apartado 9; STCI de 13-21 de abril de 1989, Fragd, 232/1989, apartado 3.1. Por su parte, el Tribunal Constitucional español no ha sido menos expresivo a este respecto, reconociendo expresamente y con especial énfasis a los derechos fundamentales entre los principios constitucionales implícitos que pueden suponer un límite a la integración. *Vid*. DTC 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, FJ 2 *in fine*. Entre los Estados miembros de Europa del este adheridos a la Unión en el año 2004, el Tribunal Constitucional checo ha sido probablemente el que se ha pronunciado de manera más clara al señalar a los «derechos y libertades de los seres humanos y ciudadanos» como parte del «núcleo inalterable» de su Constitución. STC de la República Checa de 26 de noviembre de 2008, ÚS 19/08.

jurisprudencia constitucional en los últimos años. Del mismo modo, tampoco estos órganos judiciales han renunciado a ejercer ese poder de control que se han reconocido a sí mismos. Aunque, eso sí, consideran que es muy improbable que acontezca un escenario futuro que justifique recurrir al mismo, limitando, por tanto, su uso a situaciones muy excepcionales.

Volviendo al argumento principal, es pertinente precisar que a los efectos de nuestro estudio no nos interesa en estos momentos el artículo 4.2 TUE en toda su extensión, sino que únicamente nos vamos a concentrar en una parte muy concreta de su contenido: los derechos fundamentales. Esta circunstancia va a traer como consecuencia que se reduzca notablemente su ámbito de aplicación. En este sentido, y como hemos afirmado previamente, no todos los derechos fundamentales encuentran cobijo bajo la mencionada cláusula, sino solo aquellas concepciones o interpretaciones que presenten una conexión directa con la identidad nacional. Por el contrario, el artículo 53 CDFUE se extiende a todos los derechos fundamentales en toda su expresión, sin limitar su alcance por razón de falta de conexión con la idiosincrasia constitucional de un Estado miembro. Por todo ello, y a pesar de lo que pudiera parecer *prima facie*, el artículo 53 CDFUE es más «inclusivo» que la cláusula de identidad nacional en esta concreta esfera[1235].

Expresadas estas primeras consideraciones generales, proponemos una interpretación conjunta del artículo 4.2 TUE y del artículo 53 CDFUE que comportaría una limitación del ámbito de aplicación en comparación con el correspondiente a cada uno de ellos. Por un lado, la inicial proyección del artículo 53 CDFUE frente a todos los derechos fundamentales se ve reducida a únicamente aquellos que presenten un ligamen con la identidad nacional. Por otro lado, la cláusula de identidad nacional engloba concepciones nacionales de derechos fundamentales que pueden ser más o menos protectora que la prevista por el Derecho de la UE, mientras que el artículo 53 CDFUE únicamente establece un suelo o protección mínima que no puede ser rebajada. Por consiguiente, una interpretación combinada de ambas normas restringe su ámbito de acción únicamente a aquellas interpretaciones de los derechos fundamentales que sean un reflejo de la correspondiente identidad nacional en tanto en cuanto aquellas respeten el nivel mínimo de protección dispensado por la Carta.

Una vez más nos enfrentamos al clásico dilema de cómo acomodar los intereses del ordenamiento supranacional y los de los sistemas jurídicos nacionales. En esencia, la cuestión reside en conciliar una creciente expansión y uniformización de las garantías de los derechos fundamentales por parte del Derecho de la Unión con el respeto debido a ciertos estándares nacionales de protección, siempre que estos sean reflejo de su patrimonio constitucional indisponible.

[1235] En este sentido, es muy clara la distinción de Aida Torres, que diferencia entre el artículo 53 CDFUE, que protege a los «derechos constitucionales», y el artículo 4.2 TUE, que protege los «derechos constitucionales nucleares». TORRES PÉREZ, AIDA, «Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter», *op.cit.*, p. 144.

Desde nuestro punto de vista, la sugerencia interpretativa apenas expuesta en favor de una interpretación conjunta de los artículos 4.2 TUE y 53 CDFUE presenta la ventaja de ofrecer un marco operativo para la resolución de controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales en el orden europeo. En todo caso, es necesario subrayar que el ámbito de acción de esta propuesta es ciertamente limitado. Expresado en otros términos, visto que la protección actual de los derechos fundamentales en la Unión es el resultado de un largo recorrido que ha permitido construir una red protectora muy densa, siendo la aprobación y entrada en vigor de la Carta la expresión más clara al respecto, el espacio para este conflicto es necesariamente muy reducido. Como bien sabemos, esto se debe a que existe un vasto acervo compartido entre los Estados miembros y la Unión que convierte en excepcionales aquellas situaciones en las que la protección dispensada por la Carta no sea equivalente a las garantías *iusfundamentales* nacionales. Con esta idea queremos enfatizar que, aunque existen potenciales divergencias sobre este punto, es necesario matizar que nos movemos en el terreno de la excepcionalidad.

Llegados a este punto, resulta de interés conocer cuál es la aproximación del Tribunal de Luxemburgo a este respecto. De entrada, debe afirmarse que no existe ningún precedente en el que el Tribunal de Justicia haya resuelto una tensión entre diferentes estándares de protección de derechos fundamentales acudiendo al esquema interpretativo propuesto. A pesar de que esta interpretación no haya conseguido el respaldo del máximo intérprete del Derecho de la Unión, debe al menos señalarse que la misma fue tímidamente avanzada por el AG Bot en las conclusiones emitidas en el asunto Melloni, sin que tales reflexiones tuvieron eco alguno en la posterior sentencia dictada por el Tribunal de Justicia[1236]. En cualquier caso, lo cierto es que el Abogado General consideró acertadamente que la identidad nacional de España no estaba en juego. Para llegar a esa conclusión prestó atención a los debates en torno a esta cuestión en el seno del Tribunal Constitucional y a las opiniones expresadas por los representantes del Reino de España en la vista, que consideraron que no formaba parte de la identidad nacional la presencia del acusado en juicio. De todos modos, el Abogado General abre la puerta a su aplicación en otros casos en los que la identidad nacional pueda resultar comprometida y, en particular, con objeto de oponerse a una norma de Derecho derivado.

Para terminar, es imprescindible considerar en qué medida esta propuesta de resolución de conflictos derivada de la aplicación conjunta de los artículos 4.2 TUE y 53 CDFUE es conforme o no con los principios fundamentales del Derecho de la Unión. En otras palabras, no puede eludirse un análisis consistente en determinar si esta construcción doctrinal es respetuosa con la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia en relación a la aplicabilidad de los estándares nacionales de protección de derechos fundamentales más elevados que impone no concular los principios de primacía y de uniformidad.

[1236] Conclusiones del AG Y. Bot de 2 de octubre de 2012, Melloni, C-399/11, apartados 139-142.

De un lado, una adecuada comprensión de la cláusula de identidad nacional respalda la idea de que permitir la aplicación de una estándar nacional más elevado de los derechos fundamentales no comporta una quiebra de la primacía europea[1237]. A fin de cuentas, el artículo 4.2 TUE es un norma supranacional que impone a la Unión la obligación de respetar las estructuras constitucionales fundamentales[1238]. Así entendido, no puede entederse que el principio de primacía resulte conculcado, puesto que es el propio Derecho de la Unión el que admite ese resultado interpretativo o, expresado en sentido negativo, el Derecho supranacional no exige que sean las garantías *iusfundamentales* supranacionales las que deban prevalecer en todo caso.

De otro lado, en cuanto al posible impacto que esta construcción doctrinal puede comportar para el principio de uniformidad, existen opiniones doctrinales contrapuestas. De un lado, Safjan defiende que la identidad nacional «permitiría, en casos específicos, reemplazar los estándares de protección de derechos fundamentales resultantes de la Carta por aquellos derivados del sistema nacional, incluso en la hipótesis de que las exigencias de primacía, efectividad y unidad del Derecho de la Unión no fueron respetadas»[1239]. De otro, Pliakos y Anagnostaras asumen una posición bien distinta señalando que la aplicación de tales estándares solo será aceptable cuando «no comprometan la efectividad y la uniformidad del Derecho de la Unión en áreas de vital importancia por la Unión Europea»[1240]. A nuestro modo de ver, reconocer la aplicación del nivel de protección nacional en detrimento del estándar supranacional supone admitir soluciones distintas en diferentes Estados miembros. En un sentido estricto, no hay duda de que esta posibilidad puede poner en riesgo a una absoluta uniformidad del Derecho de la Unión. Ahora bien, si se considera el carácter excepcional de un escenario en el que una protección nacional más elevada está amparada por la identidad nacional -y que, en

---

[1237] En apoyo de esta visión, *vid.* SAFJAN, MAREK, «Les dilemmes de l'application de standards plus éléves de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l'identité constitutionnelle», *op.cit.*, p. 558; TORRES PÉREZ, AIDA, «Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection Between Article 4(2) TEU and 53 Charter», *op.cit.*, p. 148. En todo caso, debe repararse en la idea de esta es una distinción más formal que sustantiva. En otras palabras, si bien la primacía europea no resulta en absoluto comprometida desde un punto de vista formal, en la práctica el Derecho de la Unión está admitiendo que en este caso el estándar de protección supranacional derivado de la Carta sea desplazado en favor del nivel de protección deducible de los ordenamientos nacionales.

[1238] CLAES, MONICA, «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity Is It Anyway?», *op.cit.*, p. 207.

[1239] SAFJAN, MAREK, «Les dilemmes de l'application de standards plus éléves de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l'identité constitutionnelle», *op.cit.*, p. 560.

[1240] PLIAKOS, ASTERIS y ANAGNOSTARAS, GEORGIOS, «Fundamental Rights and the New Battle over Legal and Judicial Supremacy: Lessons from *Melloni*», *Yearbook of European Law*, núm. 34, vol. 1, 2015, p. 118. Para respaldar esta interpretación, estos autores citan las conclusiones del AG Poiares Maduro en el asunto Marrosu Sardino en las que afirmó que: «Sin duda, debe reconocerse a las autoridades nacionales y, en particular, a los órganos jurisdiccionales constitucionales, la responsabilidad de definir la naturaleza de las particularidades nacionales que pueden justificar tal diferencia de trato. En efecto, ellas son las mejor situadas para definir la identidad constitucional de los Estados miembros que la Unión Europea se ha dado como misión respetar. Sin embargo, el Tribunal de Justicia tiene como obligación, además, verificar que esta apreciación se ajusta a los derechos y a los objetivos fundamentales cuyo respeto garantiza en el marco comunitario». Conclusiones del AG M. Poiares Maduro de 20 de septiembre de 2005, Marrosu Sardino, C-53/04, apartado 40.

su caso, afectaría a un solo Estado miembro-, sería una modulación de dicho principio de efectos muy limitados.

CONCLUSIONES

Tras una inicial caracterización de la identidad nacional como una figura jurídica enigmática rodeada de numerosas incógnitas, es preciso llevar a cabo ahora un ejercicio de reflexión conclusiva que nos permita extraer los principales resultados de la presente investigación. Corresponde en estos momentos retomar las hipótesis de partida formuladas en la introducción con el propósito de evaluar las respuestas que se han brindado a tales interrogantes. Gracias al estudio realizado, será posible determinar el papel de la identidad nacional en este complejo entramado jurídico constituido por una pluralidad de estratos normativos y judiciales.

En un primer momento, una aproximación histórica de la identidad nacional ha sido determinante a los efectos de conocer las causas que condujeron a su incorporación en el texto de los Tratados constitutivos. La aparición de esta figura jurídica es deudora de un momento trascendental de la construcción europea con la llegada del Tratado de Maastricht en 1992. En rigor, el verdadero germen de esta categoría nos obliga a remitirnos a los propios orígenes de la integración europea, aunque lo cierto es que sus antecedentes jurídicos más inmediatos pueden situarse en la aprobación del instrumento jurídico apenas mencionado. El proyecto común europeo experimenta en esos momentos una evolución cualitativa como resultado de la transferencia al ámbito supranacional de competencias tradicionalmente ligadas a la soberanía estatal, dando paso a una nueva etapa en la que se superan las primigenias CCEE y surge la UE.

El origen de la identidad nacional se encuentra precisamente en un sentimiento de inquietud en el seno de los Estados nacionales que nace al calor de tan relevantes transformaciones jurídicas. Su alumbramiento va a obedecer, pues, a una actitud autoprotectora de los Estados miembros dirigida a garantizar unas condiciones mínimas de estatalidad y su núcleo constitucional básico. De un lado, por medio de aquella norma se trataba de superar una desconfianza estatal sobre una futura evolución de la Unión en clave federal, reforzándose así la idea fundamental de que la Unión es un proyecto de base eminentemente estatal. De otro, se consideraba imprescindible una cláusula de garantía última o de cierre que les asegurase que el devenir de la integración europea en ningún caso iba a comportar una erosión o superación de los principios constitucionales fundamentales

Partiendo de la consideración de la identidad nacional como un concepto jurídico sumamente controvertido que adolecía de una notoria vaguedad, nos impusimos una tarea de concreción respecto de su sentido y alcance. Entre las dos principales corrientes que pueden identificarse en relación a la determinación de su significado (jurídico-constitucional e histórico-cultural), nos hemos sumado a aquella que defiende que la misma presenta una dimensión estrictamente jurídica, rechazando así su comprensión como una noción que abarque cualquier manifestación histórica, cultural o social vinculada a la idiosincrasia de una comunidad humana. Sentada esta primera precisión, las principales dificultades para aprehender esta categoría jurídica residen

fundamentalmente en su carácter compuesto y bifronte. Con ello queremos manifestar que la identidad nacional es un perfecto ejemplo de un fenómeno de «metaconstitucionalidad recíproca», en el sentido de que la misma contiene referencias cruzadas, es decir, remisiones del Derecho de la Unión al Derecho nacional y viceversa.

Expresadas estas dificultades, no hemos eludido el desarrollo de una labor encaminada a formular una definición que nos permita expresar de manera precisa y concisa qué se entiende por identidad nacional. A fin de determinar su significado, hemos tomado como punto de partida la propia dicción literal de la cláusula del artículo 4.2 TUE en las que se identifican dos referencias genéricas dotadas de indudable valor: «las estructuras fundamentales políticas y constitucionales» y «las funciones esenciales del Estado». En estas circunstancias, la identidad nacional puede ser definida como aquellas estructuras jurídicas fundamentales del orden constitucional nacional. En otras palabras, está comprendida por aquellos principios y funciones que conforman los pilares constitucionales esenciales de un Estado miembro.

Un examen más concreto en aras a determinar la específica identidad nacional de un Estado miembro comporta una compleja tarea que tiene necesariamente que partir de un análisis particular de cada ordenamiento nacional. Un segundo paso con vistas a identificar las estructuras jurídicas fundamentales de un Estado de la Unión debe apoyarse en las Constitucionales nacionales, generalmente concebidas como el repositorio básico en el que se manifiestan aquellos elementos esenciales de un sistema jurídico. Un peldaño más de concreción en este recorrido analítico nos conduce preferentemente a dos fuentes presentes en las Cartas Magnas europeas en las que se contienen referencias de indudable valor: los preámbulos y los procedimientos de reforma constitucional. En particular, las disposiciones constitucionales en las que se refleja de manera más nítida la identidad nacional son las conocidas como cláusulas de intangibilidad, en la que se refieren aquellas materias esenciales e inmutables que escapan al alcance del poder de reforma constitucional; si bien no todos los textos constitucionales cuentan con una cláusula de estas características. En último término, consideramos que esta labor hermenéutica destinada a la delimitación de la identidad nacional puede asistirse de manera adicional de legislación y jurisprudencia que, aun no tengan reflejo en el propio texto de la Constitución, presenten un genuino valor constitucional en tanto que precisen o desarrollen enunciados contenidos en aquel instrumento jurídico.

En un ejercicio de concreción desde una percepción doméstica, pueden señalarse una serie de opciones constitucionales entre los elementos constitutivos de la identidad nacional, a saber: Constitución escrita o no escrita, monarquía o república, centralización o descentralización territorial del poder, presidencialismo o parlamentarismo, unicameralismo o bicameralismo, sistema electoral mayoritario o proporcional, control constitucional de las leyes o supremacía del legislador, unidad o dualidad jurisdiccional (ordinaria y administrativa). Con esta enumeración meramente ejemplificativa es posible cuanto menos reducir la vaguedad que singulariza a esta categoría jurídica.

Un segundo bloque de estudio sobre la identidad nacional se ha ocupado de llevar a cabo un análisis desde una perspectiva eminentemente jurisprudencial. En este sentido, la bidimensional propia de esta figura jurídica contribuye a dotar su análisis de una especial complejidad, a la vista de la existencia de dos aproximaciones diversas, según si la misma es examinada desde una óptica estatal o supraestatal. En cualquier caso, esta disparidad de perspectivas se extiende tanto a su vertiente sustantiva como adjetiva, es decir, a su noción y a su operatividad judicial. Dicha divergencia de aproximaciones se justifica fundamentalmente por una cierta pugna entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia sobre quién ostenta la condición de máxima autoridad en el espacio judicial europeo.

La cláusula de identidad nacional presenta una doble aplicabilidad: una ordinaria o no judicial y otra extraordinaria o judicial. En cuanto a la primera de ellas, hemos partido de la idea de que el respeto a la identidad nacional es, en un sentido estricto, un principio general del Derecho de la Unión. En su condición de tal, puede cumplir tres posibles cometidos al margen de un proceso judicial: colmar lagunas, asistir en la interpretación del Derecho supranacional y servir de fundamento para incoar una acción judicial en caso de que la misma sea inobservada. Recordamos que estas son las funciones propias que la teoría general de los principios generales de la Unión asigna a los mismos, siendo igualmente predicable respecto de aquel que aparece contenido en el artículo 4.2 TUE. En términos más específicos, la identidad nacional en su faceta no judicial debe ser tenida en cuenta en las siguientes operaciones jurídicas: interpretación del Derecho originario y derivado por parte de todos los operadores jurídicos -y no solo los jueces-, actividad de producción normativa en manos del Parlamento y del Consejo -junto con la iniciativa asignada a la Comisión- e implementación del Derecho de la Unión. Cabe destacar que esta primera funcionalidad ha pasado prácticamente desapercibida entre la doctrina y la jurisprudencia. Ambas se han concentrado de manera casi exclusiva en el que hemos denominado como uso extraordinario o judicial, del que daremos cuenta con más detalle seguidamente.

La praxis judicial del Tribunal de Justicia ha revelado una serie de rasgos que refuerzan la peculiaridad de esta figura jurídica. Para empezar, y de manera muy sobresaliente, la jurisprudencia en la materia es escasa y, en todo caso, empieza a despuntar a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Con anterioridad a esa fecha, y a pesar de haber transcurrido un considerable lapso de tiempo de cerca de dos décadas desde la incorporación de la cláusula de identidad nacional a los Tratados, apenas se registraron contadas ocasiones en las que el Tribunal de Justicia la aplicara o interpretara. Con todo, el recuento total de precedentes judiciales a día de hoy sigue siendo muy reducido (apenas asciende a algo más de una docena), lo cual deja traslucir las reticencias de la justicia europea para acudir a esta categoría para la resolución de conflictos. En segundo lugar, han llegado a conocimiento del Tribunal de Luxemburgo cuestiones relativas a la identidad nacional por muy diversas vías procesales, aunque destaca significativamente entre todas ellas la cuestión prejudicial. En cierto modo, esta característica viene a redundar en la idea de que este argumento es usualmente trasladado

al Tribunal de Justicia por las partes procesales, por los Estados miembros o, muy significativamente, por los Tribunales Constitucionales, sin que suelan obtener una respuesta muy detallada a este respecto. En tercer y último lugar, entre el conjunto de sentencias dictadas -y a la vista de una ausencia de sistematización por parte de la jurisprudencia-, es posible y muy necesario sistematizar su producción judicial. En particular, pueden identificarse con cierta nitidez una serie de áreas temáticas en la que ha intervenido repetidamente: lengua, nacionalidad, organización territorial del Estado e identidad personal.

La jurisprudencia supranacional se ha caracterizado especialmente por un recurso pragmático de la identidad nacional que ha permitido reducir su potencialidad desestabilizadora al mínimo. En efecto, nos referimos a una aplicación práctica de la misma porque ha reconducido a controversias ordinarias la excepcionalidad propia de que están cargados este tipo de conflictos. Más concretamente, la práctica totalidad de la actividad judicial del Tribunal de Justicia se ha ocupado de darle uso como una excepción cualificada a las libertades fundamentales, que es un ámbito enormemente explorado por ese órgano jurisdiccional y sobre el que existe una abundante jurisprudencia. Expresado en otros términos, ha sido empleada como una restricción justificada de las libertades fundamentales de creación estrictamente judicial y que se suma, por tanto, a las expresamente contempladas en el Derecho de la Unión (originario y derivado).

Por otra parte, cabe añadir un par de usos que apenas han atraído la atención de la doctrina (control de inaplicación y/o de validez del Derecho secundario, y uso a mayor abundamiento). En puridad, sería más apropiado hablar de intentos por parte de los actores que litigan ante el Tribunal de Justicia y que no han encontrado por el momento el apoyo de este. Respecto del primero de ellos, existen aún escasos precedentes en los que se haya planteado la inaplicación o la invalidez del Derecho derivado, habiendo sido todo ellos desestimados por la jurisdicción europea. En cuanto al segundo, puede advertirse una práctica reiteradamente empleada por aquellas partes procesales que han invocado la identidad nacional. Consiste en una alegación a mayor abundamiento –esto es, que se suma a otras presentadas en una misma acción procesal- con el velado propósito de reforzar argumentalmente el verdadero interés procesal de la parte actora. En tales casos, es habitual constatar una justificación poco elaborada (cuando no meras alusiones sin ulterior desarrollo) en relación a la vinculación de un determinado principio o derecho con la identidad nacional y en qué medida la misma ha resultado lesionada.

Constatada la aproximación bidimensional de la identidad nacional y habiendo sido examinada la misma desde la perspectiva del Tribunal de Justicia, nos acercamos ahora a la visión de las Cortes Constitucionales nacionales. A modo de contrapunto de la significativa evolución del Derecho de la Unión, los Tribunales Constitucionales italiano y alemán elaboraron la doctrina de los *controlimiti* a mediados de los años setenta del siglo pasado. Estamos ante un mecanismo de control judicial en virtud del cual se establecen una serie de límites a la integración europea. Casi cincuenta años después de su afirmación, esta teoría sigue en vigor, si bien se han ampliado aquellos ámbitos hacia

los cuales se extiende la potestad de supervisión judicial. Frente a una inicial preocupación por una inexistente y, posteriormente, insuficiente protección de los derechos fundamentales en el plano supranacional, se han incorporado con el paso de las décadas dos vías de escrutinio adicionales relativas a las competencias y, por lo que nos interesa especialmente, a la identidad nacional. Cada uno de esos tres límites obedece a un momento temporal y a unas inquietudes diferentes en el devenir de la integración europea y, aunque se ha tendido a una interpretación constitucional conciliadora que ha neutralizado que sea necesario acudir a estos instrumentos de *ultima ratio*, todos ellos siguen potencialmente vigentes y son susceptibles de activarse llegado el caso. Debe tenerse presente que no existe aún precedente alguno en el que una Corte Constitucional haya declarado que un acto o norma del Derecho de la Unión ha transgredido la identidad nacional de un Estado miembro, a pesar de que se han producido ya no pocas advertencias sobre la posibilidad de que una cierta interpretación o aplicación del Derecho supranacional pudiera tener esas consecuencias.

Esta doctrina judicial sobre el control de la identidad nacional ha gozado de un notable éxito, habiéndose difundido entre diversas jurisdicciones constitucionales de la Unión desde que la misma fuera expresamente configurada en el Tribunal de Karlsruhe en la sentencia Lisboa en el año 2009. En cualquier caso, debe precisarse que ni la extensión de dicha doctrina se ha generalizado completamente ni es homogénea, puesto que se ha limitado a menos de la mitad de los Tribunales Constitucionales nacionales y presenta diferencias significativas entre los mismos. En este sentido, con la clara salvedad del Tribunal Constitucional Federal alemán, ese instrumento de vigilancia ha sido formulado en términos genéricos, siendo imposible discernir tres mecanismos de control independientes (derechos fundamentales, competencias e identidad nacional). Se trata, más bien, de un único instrumento general de supervisión que se han arrogado a sí mismos los Tribunales Constitucionales domésticos para la defensa de su núcleo constitucional básico, y sin que exista un mecanismo procesal *ad hoc* para ejercerla.

El Tribunal Constitucional español y la *Corte costituzionale* pueden adscribirse en este segundo grupo de jurisdicciones constitucionales que han dado forma a esa doctrina judicial de manera más imprecisa. Ambos órganos judiciales coinciden en reservarse en exclusiva el papel de garantes de la primacía de la Constitución nacional y, específicamente, de un mínimo reducto vagamente delimitado que puede identificarse con la identidad nacional. Conciben esta doctrina judicial como un escenario excepcional y difícilmente realizable debido a que tanto sus ordenamientos nacionales como el supranacional comparten sustancialmente los mismos principios y valores esenciales. Sin embargo, a diferencia del caso del *Bundesverfassungsgericht*, ambos se expresan de manera menos contundente respecto de las consecuencias derivadas de la constatación de la lesión de su identidad nacional.

En este sofisticado marco de relaciones entre las máximas autoridades jurisdiccionales en el espacio judicial europeo, conviene advertir que estamos asistiendo a un periodo de intensificación del diálogo entre Tribunales en el que se suceden

puntuales conflictos de importante tensión constitucional. En este sentido, algunos de tales litigios presentan perfiles novedosos en la medida en que los Tribunales Constitucionales domésticos están advirtiendo sobre posibles intromisiones constitucionales que, a juicio de tales órganos judiciales, están vedadas a la influencia del Derecho de la Unión. De todos modos, sería posible reconducir tales desencuentros a una dinámica conocida en el marco de las disputas sobre los contralímites en la que dichos apercibimientos no traen consigo efectos prácticos en la forma de la inaplicación de un acto o norma de la Unión.

Una clara manifestación de este fenómeno de intensificación dialéctica ha tenido lugar a mediados de este mismo año 2020 con ocasión del asunto PSPP dictado por el *Bundesverfassungsgericht.* Concretamente, este Tribunal ha declarado, por primera vez en su historia, *ultra vires* -o lo que es lo mismo, un exceso en el ejercicio de sus competencias- a un acto de las instituciones de la Unión, con la consiguiente declaración de inaplicación en el ordenamiento jurídico alemán. En defensa de la integridad del ordenamiento jurídico de la Unión, la Comisión ha decidido adoptar una actitud proactiva y está en estos momentos estudiando la posibilidad de iniciar un procedimiento de infracción contra Alemania. Mientras tanto, el BCE ha realizado un esfuerzo por presentar información que justifique la conformidad del programa de compra de deuda pública con los requisitos de proporcionalidad exigidos por el Tribunal de Karlsruhe, que ha merecido la aprobación tanto del gobierno federal como del parlamento federal. En estas circunstancias, han transcurrido los tres meses del periodo de transición otorgados por el Tribunal Constitucional Federal alemán para que el Banco Central europeo emitiera una nueva decisión aclaratoria ajustándose a los criterios señalados por el Tribunal de Luxemburgo sin que la misma haya sido aprobada. Y a pesar de todo, el Banco Central alemán no ha interrumpido en ningún momento su participación en la implementación del programa de compra controvertido.

Los debates en torno a la identidad nacional se inscriben en una problemática más amplia, habiéndose originado una discusión doctrinal fundamental acerca del modo de interacción entre los ordenamientos nacionales y el supranacional. En este sentido, ha gozado de especial predicamente la teoría del pluralismo constitucional que parte del reconocimiento de un escenario de coexistencia de dos ordenamientos jurídicos autónomos e interdependientes y centra sus esfuerzos en analizar los mecanismos que pueden facilitar una continua interacción entre ambos sistemas. A estos efectos, va a sustituir los tradicionales criterios de ordenación (monismo, jerarquía y coerción) por otros nuevos y opuestos (pluralismo, heterarquía y coordinación). Así las cosas, este relativamente nuevo paradigma va a poner en cuestión el tradicional modelo estatocéntrico basado en una concepción absoluta de soberanía, siendo capaz de dar cuenta de una realidad más compleja marcada por una fragmentación del poder público en diferentes centros de poder con capacidad normativa.

Una discrepancia fundamental es aquella relativa al órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de estas disputas, siendo los dos candidatos en disputa

los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia en su respectiva condición máxima autoridad para la interpretación del Derecho Constitucional y del Derecho de la Unión. No han faltado defensores para asignar a uno u otro el papel de órgano juzgador de la identidad nacional, incluso se han adelantado propuestas para la creación de una tercera instancia judicial competente para conocer de estas controversias, ya sea en la forma de un órgano de conciliación regido por el Derecho Internacional público, ya sea bajo la tutela de un novedoso Consejo Constitucional europeo. En términos generales, son desarrollos teóricos aquejados de una falta de sustancial elaboración, en algunos casos exigen una previa reforma de los Tratados que les dote de un fundamento jurídico en estos momentos inexistente y no han contado con un apoyo significativo entre la doctrina.

Antes de apelar a complejas e improbables -al menos en el corto plazo- reformas de los Tratados, convendría reflexionar sobre todas las posibilidades que concede la normativa vigente sin necesidad de modificar la arquitectura básica actual. En este sentido, bien podría promocionarse un mayor uso de la Gran Sala o del Pleno para la resolución de este tipo de conflictos para dotar de mayor legitimidad a los fallos que se dictasen. Alternativamente, pudiendo juzgarse estas proposiciones como cambios menores que no alteran sustancialmente las dificultades inherentes a estas controversias, cabría pensar en impulsar la participación de los jueces nacionales en asuntos que afecten a la identidad nacional de su Estado de origen a semejanza del modelo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, ya como última propuesta sin duda de mayor envergadura, considerar la creación de una sala especial de composición mixta integrada en el propio Tribunal de Luxemburgo de la que formarían parte magistrados del Tribunal de Justicia y de los Tribunales Constitucionales nacionales.

En términos procedimentales, consideramos que el diálogo judicial se erige como el mecanismo idóneo para canalizar los conflictos judiciales sobre la identidad nacional. Existen muy diferentes vías de comunicación que pueden encajar dentro de la tipología de diálogos o conversaciones judiciales, aunque sin duda alguna el cauce privilegiado para entablar estas interacciones es la conocida como cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE). Parte con la ventaja de ser una acción procesal con una larga tradición en el sistema jurídico de la Unión, presentando la suficiente flexibilidad como facilitar una comunicación estable y fluida, así como una cooperación leal entre las más altas instancias jurisdiccionales europeas. En todo caso, debe subrayarse que en el estado actual del Derecho de la Unión existen ciertos obstáculos para la participación directa de los Tribunales Constitucionales domésticos sobre los que conviene reflexionar, especialmente a la vista de su condición de intérpretes más autorizados de los textos constitucionales y, por ende, de la identidad nacional. Aun existiendo buenas razones para facilitar una intervención de las Cortes Constitucionales ante el Tribunal de Justicia en las controversias relativas a la identidad nacional, su implicación no está garantizada salvo que sean ellos mismos lo que interpongan una prejudicial europea (lo cual es sumamente infrecuente). Otras posibles alternativas de interacción como son la intervención en tales litigios con la condición de coadyuvantes (artículo 40 Estatuto del

Tribunal de Justicia) o la presentación de alegaciones y observaciones escritas (artículo 23 Estatuto del Tribunal de Justicia) no encuentran cobijo en la normativa y jurisprudencia vigente europea.

Una hipotética declaración de vulneración de la identidad nacional puede originar serios efectos para la coherencia del todo el orden constitucional europeo y, por tanto, nos conmina a examinar mecanismos que neutralicen o, cuanto menos, minimicen un impacto constitucional de tales características. Enmarcados este tipo de conflictos en un contexto judicial, existen medios de interacción que pueden contribuir a alcanzar soluciones mutuamente aceptables o satisfactorias por todos los actores judiciales implicados. Por tales nos referimos a diferentes instrumentos que, en su mayoría, aunque no todos, son ya aplicados por parte del Tribunal de Justicia, pudiendo agruparse en las siguientes categorías: autocontención o *self-restraint*, deferencia judicial y test de proporcionalidad. Son mecanismos que son susceptibles de ser aplicados de manera individual, aunque nada impide -e incluso es aconsejable- que se recurra a varios de ellos simultáneamente. Conviene reforzar el papel de todos ellos con el propósito de favorecer un escenario judicial presidido por el reconocimiento mutuo de autoridades judiciales, la cooperación leal y, quizás de manera más determinante, ofreciendo un esquema de resolución de conflictos predeterminado que rebaje el alto grado de impredicibilidad que aún rodea a este tipo de controversias. Con todo ello se pretende que el Tribunal de Justicia dicte una resolución judicial previsible y fundada en argumentos preestablecidos que evite, en la medida de lo posible, una decisión unilateral de los Tribunales Constitucionales nacionales cargada de una potencialidad disruptiva innegable consistente en una declaración de no aplicación de un acto o norma de Derecho de la Unión en los ordenamientos nacionales.

SINTESI

Una delle principali sfide dell'attuale costituzionalismo è cercare di rispondere ai problemi inerenti alla coesistenza di una realtà nazionale e una realtà sovranazionale nel quadro dell'integrazione europea. È innegabile, che il graduale approfondimento del progetto di costruzione europeo, a seguito delle successive riforme dei trattati originari nel corso di oltre sei decenni, abbia portato ad una vera e propria trasformazione costituzionale, il cui impatto si è fatto sentire sia a livello statale che a livello sovrastatale. Stiamo assistendo a un cambiamento del paradigma giuridico in cui il modello fino ad ora predominante, basato sul binomio Stato-Costituzione, viene spiazzato di fronte alla formazione di uno spazio costituzionale europeo caratterizzato da una crescente complessità e interdipendenza. In queste circostanze, la teoria costituzionale si trova ad affrontare il compito obbligatorio di ordinare i contorni del rapporto tra gli Stati membri e l'Unione, che fornisce coerenza a uno scenario giuridico presieduto da una pluralità di testi normativi di valore costituzionale e di autorità giudiziarie che si sovrappongono parzialmente.

In questo stato di cose, l'identità nazionale si presenta come una categoria giuridica adatta allo scopo di articolare un migliore adattamento tra diritto costituzionale e diritto dell'Unione. In prima approssimazione, può essere concepito come la garanzia ultima che assicura alcuni limiti insormontabili nel futuro del progetto europeo, delimitando così quello che potremmo chiamare uno spazio di intangibilità costituzionale. Pertanto, si potrebbe interpretare che l'identità nazionale presenta una concezione essenzialmente negativa nella misura in cui agirebbe come una sorta di norma di resistenza. Tuttavia, è possibile osservarlo allo stesso tempo da una prospettiva complementare e positiva in virtù della quale può diventare uno strumento di convergenza tra i due ordini.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2009) ha suscitato un rinnovato interesse per la clausola di identità nazionale, che fondamentalmente risponde a due considerazioni, ovvero: una formulazione più elaborata della disposizione in cui è attualmente proclamata (articolo 4.2 TUE) -in netto contrasto con la scarsità che caratterizzava la stesura delle precedenti versioni- e la sua giustiziabilità recentemente acquisita -sebbene trattandosi di una questione controversa in dottrina-, che ha favorito un relativo risveglio della giurisprudenza in materia. Rimangono, in definitiva, le due caratteristiche che lo hanno caratterizzato fino ad ora e che giustificano pienamente la necessità di approfondirne lo studio. Da un lato, è un concetto enigmatico, su cui rimangono notevoli dubbi in quanto al suo significato e alla sua portata. Dall'altro, e nonostante il maggior numero di decisioni giudiziarie emesse dalla Corte di Lussemburgo in date più recenti, la presenza di una giurisprudenza scarsa caratterizzata da un utilizzo molto specifico e limitato dal punto di vista del suo ambito di applicazione. In ogni caso si cominciano ad accumulare decisioni giudiziarie sulle quali è necessario offrire un'analisi sistematica non facile da scorgere, alla luce dell’attività della Corte Europea. A

tutto ciò si deve aggiungere una delle peculiarità più notevoli di questa categoria giuridica, come un approccio bilaterale nei suoi confronti da parte delle giurisdizioni costituzionali e sovranazionali, riferendoci in seguito a quella pratica giudiziaria nazionale nei suoi profili più elementari.

All'inizio del decennio degli anni Settanta del secolo scorso, la Corte Costituzionale italiana ha dato forma alla famosa dottrina dei controlimiti, che sarebbe stata poi emulata da altre giurisdizioni costituzionali in tutto il continente, in virtù della quale sono stati tracciati i limiti all'integrazione europea. In particolare, il tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) ha costruito negli anni su tali confini una giurisprudenza che ruota attorno a tre elementi di resistenza, che si sono configurati in fasi successive. Questi punti di attrito corrispondono ai diritti fondamentali, alle competenze e, infine, all'identità nazionale, quest'ultima modellata sulla falsariga del modello Lisbona (2009). Non essendo questo il momento per entrare in dettaglio, basti dire che l'identità nazionale si pone come un confine insormontabile la cui trasgressione da parte di un atto o norma del diritto dell'Unione consente al Tribunale di Karlsruhe di dichiarare la non applicazione di essi nell'ordinamento giuridico tedesco. In questo modo si rivela una collisione costituzionale, poiché si tratta di una soluzione unilaterale contraria al diritto dell'Unione che può ledere gravemente i principi essenziali del suo ordinamento: primato e uniformità. Queste innovazioni giudiziarie hanno avuto eco in altre giurisdizioni costituzionali nazionali, ed è presumibile che l'autorità e il prestigio riconosciuti di cui godeva la Corte costituzionale federale tedesca nello spazio giudiziario europeo abbiano svolto un ruolo non trascurabile nella loro elaborazione.

Questi dibattiti si inseriscono in un contesto più ampio riguardante una situazione di inequivocabile contrasto tra due visioni giudiziarie apertamente confrontate e apparentemente inconciliabili rispetto ai fondamenti dell'ordinamento giuridico europeo. Queste due narrazioni si sono sviluppate negli ultimi decenni attraverso il successivo intervento della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali nazionali in due storie parallele. Insomma, è una ostinata lotta dialettica che può essere sostanzialmente reindirizzata per rispondere a due incognite: quale norma giuridica - la Costituzione nazionale o i trattati costitutivi - detiene la condizione suprema e quale organo giurisdizionale - le Corti costituzionali o la Corte di giustizia - possiede "l'ultima parola" nello spazio giudiziario europeo. In tali circostanze, questo tipo di conflitto giudiziario che ci conduce a un disaccordo costituzionale irrisolvibile può sembrare inevitabile, a meno che una di queste autorità giurisdizionali non accetti di rinunciare o allentare la rigidità dei suoi postulati per ogni caso specifico. Espresso in questi termini, si presenta uno scenario giudiziario incapace di offrire un quadro teorico coerente di relazioni interordinamentali, le cui ripercussioni potrebbero danneggiare gravemente il delicato equilibrio tra i due sistemi giuridici. In ogni caso l'invocare i controlimiti è sempre stata una decisione presa dalle giurisdizioni costituzionali come ipotesi ultima ed estrema. In questo modo le ripetute avvertenze su una possibile e futura applicazione degli stessi, hanno limitato i suoi effetti su di un piano meramente teorico senza aver fino ad ora incontrato una applicazione pratica. In sostanza, la sfida è riconciliare la diversità

costituzionale - rappresentata dalle particolarità giuridiche di ciascuno degli Stati membri - con l'unità - incarnata dalla stessa Unione europea in cui questi Stati sono integrati -, nel rispetto dei principi fondamentali di normative nazionali e sovranazionali. Questa è la *vexata quaestio*.

Questa tesi di dottorato si propone di offrire un'analisi completa della categoria giuridica dell'identità nazionale in chiave dialettica, che include sia la visione coniata dalla Corte di giustizia sia la percezione di essa detenuta dalle Corti costituzionali nazionali, in qualità di guardiani supremi dell'ordinamento costituzionale interno. Con queste parole vogliamo esprimere che la stessa incorpora uno studio che parte da una prospettiva storica e attuale, sostanziale e procedurale, descrittiva e valutativa, nonché una parte propositiva mediante la quale si intende offrire un modello per la risoluzione di questo tipo conflitti in sede giudiziaria. Essendo ampiamente considerato all'interno della dottrina come una figura giuridica altamente controversa, per i dubbi che ruotano attorno al suo significato e alla sua portata, coesiste una motivazione ben fondata per approfondirne la conoscenza. A tutto ciò si aggiungono i rilevanti sviluppi derivati dall'ultima riforma dei Trattati e gli aspri contenziosi tra i massimi organi giudiziari europei degli ultimi tempi, che evidenziano come si tratti di un argomento su cui oggi è in corso un vivace dibattito. In virtù di tutte queste considerazioni, non ci sono difficoltà nel percepire l'interesse e l’attualità della tematica in esame.

CONCLUSIONI

Dopo una prima caratterizzazione dell'identità nazionale come realtà giuridica enigmatica circondata da numerose incognite, è ora necessario svolgere un esercizio di riflessione che ci permetta di estrarre i principali risultati di questa ricerca. Spetta ora tornare alle prime ipotesi formulate in premessa per valutare le risposte che sono state fornite a tali domande. Grazie all'ampio studio che ci ha preceduto, sarà possibile determinare il ruolo dell'identità nazionale in questo complesso quadro giuridico costituito da una pluralità di strati normativi e giudiziari.

In un primo momento, un ravvicinamento storico dell'identità nazionale è stato decisivo per conoscere le cause che hanno portato alla sua incorporazione nel testo dei trattati costitutivi. L'apparizione di questa figura giuridica è responsabile di un momento epocale nella costruzione europea con l'arrivo del Trattato di Maastricht del 1992. A rigor di termini, il vero germe di questa categoria ci obbliga a fare riferimento alle origini stesse dell'integrazione europea, sebbene è vero che i suoi precedenti legali più immediati si trovano nell'approvazione del trattato appena citato. Il progetto comune ha subito in quel momento un'evoluzione qualitativa a seguito del trasferimento nella sfera sovranazionale dei poteri tradizionalmente legati alla sovranità statale, dando luogo ad un nuova fase in cui l'originaria CEE viene superata e nasce la UE.

L'origine dell'identità nazionale risiede proprio in un sentimento di disagio all'interno degli Stati nazionali che sorge in un fervore dettato da trasformazioni giuridiche così rilevanti. La sua nascita obbedirà quindi ad un primo atteggiamento di autodifesa degli Stati membri volto a garantire una condizione minima di "statualità" e il proprio nucleo costituzionale fondamentale. Da un parte attraverso quella norma si trattava di superare la sfiducia nazionale sulla futura evoluzione dell'Unione in chiave federale, rafforzandosi così l'idea fondamentale che l'Unione è un progetto a base prevalentemente statale. Dall'altra si considera imprescindibile una clausola di garanzia finale o conclusiva per garantire che il futuro dell'integrazione europea non porterà in nessun caso alla scomparsa degli Stati o di quei principi costituzionali fondamentali.

Partendo dalla considerazione dell'identità nazionale come concetto giuridico altamente controverso e notoriamente vago, ci siamo posti il compito di precisarne il significato e la portata. Tra le due correnti principali individuabili in relazione alla determinazione del suo significato (giuridico-costituzionale e storico-culturale), abbiamo appoggiato quella che difende che la stessa presenta una dimensione strettamente giuridica, rifiutando così la sua comprensione come nozione che include qualsiasi manifestazione storica, culturale o sociale legata all'idiosincrasia di una comunità umana. Stabilita questa prima precisazione, le principali difficoltà nell'apprendere questa categoria giuridica risiedono fondamentalmente nella sua natura composita e bidimensionale. Con questo vogliamo dimostrare che l'identità nazionale è un perfetto esempio di fenomeno di "meta-costituzionalità reciproca", nel senso che contiene

riferimenti incrociati, ovvero riferimenti derivanti dal diritto dell'Unione verso il diritto nazionale e viceversa.

Espresse queste difficoltà, abbiamo cercato di sviluppare un lavoro volto a formulare una definizione che ci permetta di esprimere in modo preciso e sintetico ciò che si intende per identità nazionale. Per determinarne il significato abbiamo preso come punto di partenza la propria accezione letterale della clausola dell'articolo 4.2 TUE, che individua due riferimenti generici dotati di indubbio valore: "le strutture fondamentali politiche e costituzionali" e "le funzioni essenziali dello Stato ". In queste circostanze, l'identità nazionale può essere definita in prima approssimazione come quelle strutture giuridiche fondamentali dell'ordine costituzionale nazionale. In altre parole, comprende i principi e le funzioni che costituiscono i pilastri costituzionali essenziali di uno Stato membro.

Un esame più concreto per determinare la specifica identità nazionale di uno Stato membro implica un compito complesso che deve necessariamente partire dall'analisi individuale di ciascun ordinamento giuridico nazionale. Un secondo passo al fine di individuare le strutture giuridiche fondamentali di uno Stato dell'Unione deve fare affidamento sulle leggi costituzionali nazionali, generalmente concepite come il deposito di base in cui si manifestano quegli elementi essenziali di un ordinamento giuridico. Un ulteriore passo di concretezza in questo percorso analitico ci conduce preferibilmente a due fonti presenti nelle *magnae cartae* europee che contengono riferimenti di indubbio valore: i preamboli e le procedure di riforma costituzionale. In particolare, le disposizioni costituzionali in cui l'identità nazionale si riflette più chiaramente, sono quelle note come clausole di intangibilità, che si riferiscono a quelle questioni essenziali e immutabili che esulano dall'ambito del potere di riforma costituzionale, sebbene non tutti i testi costituzionali annoverano una clausola con queste caratteristiche. In definitiva, riteniamo che questo lavoro ermeneutico finalizzato alla delimitazione dell'identità nazionale possa essere ulteriormente coadiuvato dalla legislazione e dalla giurisprudenza che, sebbene non ancora riflesse nel testo della stessa Costituzione, presentano un autentico valore costituzionale attraverso la precisione o sviluppo di dichiarazioni contenute in tale strumento giuridico.

In un esercizio di concrezione da una percezione interna, si possono indicare una serie di opzioni costituzionali tra gli elementi costitutivi dell'identità nazionale, vale a dire: costituzione scritta o non scritta, monarchia o repubblica, centralizzazione territoriale o decentramento del potere, presidenzialismo o parlamentarismo, unicameralismo o bicameralismo, sistema elettorale maggioritario o proporzionale, controllo costituzionale delle leggi o supremazia del legislatore, unità o dualità giurisdizionale (ordinaria e amministrativa). Con questo elenco puramente esemplificativo, è possibile almeno ridurre la vaghezza che contraddistingue questa categoria giuridica.

Un secondo blocco della tesi si apre con lo studio dell'identità nazionale da una prospettiva eminentemente giurisprudenziale. In questo senso, una delle caratteristiche più notevoli di questa figura giuridica che contribuisce a dotare la sua analisi di particolare complessità, è la sua spiccata bidimensionalità, cioè l'esistenza di due visioni non esattamente coincidenti, che si dedicano a stabilire se la stessa risulta esaminata da un'ottica statale o sovrastatale. In ogni caso, questa disparità di prospettive si estende sia ai suoi aspetti sostanziali che aggettivi, cioè alla sua nozione e al suo funzionamento giudiziario. Questa divergenza nell'avvicinamento è fondamentalmente giustificata da una certa controversia tra le corti costituzionali nazionali e la Corte di Giustizia sulle quali detiene lo status di massima autorità nello spazio giudiziario europeo.

Compreso lo status del Tribunale di Lussemburgo, come giurisdizione competente per esaminare eventuali controversie sulla clausola di identità nazionale, si presenta una doppia applicabilità: una ordinaria o non giudiziaria e un'altra straordinaria o giudiziaria. Per quanto riguarda la prima, si deve partire dall'idea che il rispetto dell'identità nazionale è, in senso stretto, un principio generale del diritto dell'Unione. Nella sua qualità in quanto tale, può svolgere tre possibili compiti al di fuori di un processo giudiziario: colmare le lacune, assistere nell'interpretazione del diritto sovranazionale e servire come base per avviare un'azione legale in caso di mancato rispetto. Ricordiamo che queste non sono altro che le funzioni proprie che la teoria generale dei principi generali dell'Unione le assegna, essendo ugualmente prevedibili rispetto a quella contenuta nell'articolo 4.2 TUE. In termini più specifici, l'identità nazionale nel suo aspetto extragiudiziale deve essere presa in considerazione nelle seguenti operazioni giuridiche: interpretazione del diritto originale e derivato da parte di tutti gli operatori giuridici - e non solo dei giudici-, attività di produzione normativa in mani del Parlamento e del Consiglio - unitamente all'iniziativa assegnata alla Commissione - e l'attuazione del diritto dell'Unione. Va notato che questa prima funzionalità è praticamente passata inosservata tra dottrina e giurisprudenza. Entrambe si sono concentrate quasi esclusivamente su quello che abbiamo chiamato uso straordinario o giudiziario, che di seguito riporteremo più in dettaglio.

La prassi giudiziaria della Corte di Giustizia ha messo in luce una serie di caratteristiche che rafforzano la peculiarità di questa figura giuridica. Innanzitutto, e soprattutto, la giurisprudenza in materia è scarsa e, in ogni caso, comincia a emergere dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Prima di tale data, e nonostante un considerevole lasso di tempo di quasi due decenni dall'incorporazione della clausola di identità nazionale nei Trattati, si sono verificate solo poche occasioni in cui la Corte di giustizia l'ha applicata o interpretata. Tuttavia, il conteggio totale dei precedenti giudiziari fino ad oggi è ancora molto basso (difficilmente ammonta a poco più di una dozzina), il che rivela la riluttanza di questa Corte Europea per ricorrere a questa categoria. In secondo luogo, le questioni relative all'identità nazionale sono state portate all'attenzione della corte lussemburghese attraverso un'ampia gamma di canali processuali, sebbene la questione preliminare risalti in modo significativo tra tutti. In un certo senso, questa caratteristica porta all'idea che questo argomento sia solitamente deferito alla Corte di giustizia dalle parti processuali, dagli Stati membri o, in modo molto significativo, dalle

Corti costituzionali, senza ottenere solitamente una risposta sufficientemente dettagliata. In terzo ed ultimo luogo, tra l'insieme delle sentenze emesse - e vista l'assenza di sistematizzazione da parte della giurisprudenza - risulta possibile ed anche necessario organizzare la sua produzione giudiziaria. In particolare si possono individuare con una certa chiarezza una serie di aree tematiche in cui la Corte ha intervenuto ripetutamente: lingua, nazionalità, organizzazione territoriale dello Stato e identità personale.

La giurisprudenza sovranazionale è stata caratterizzata soprattutto da un ricorso pragmatico all'identità nazionale che ha consentito di ridurre al minimo il suo potenziale destabilizzante. In effetti, ci riferiamo ad una sua applicazione pratica della stessa perché ha portato a controversie ordinarie la propria stessa eccezionalità di cui sono accusati questi tipi di conflitti. Nello specifico, praticamente tutta l'attività giudiziaria della Corte di Giustizia si è occupata di utilizzarla come eccezione qualificata alle libertà fondamentali, ambito che è molto esplorato da quel tribunale e sul quale vi è abbondante giurisprudenza. Espressa in altri termini, è stata utilizzata come restrizione giustificata delle libertà fondamentali di creazione strettamente giudiziaria e in aggiunta a quelle espressamente contemplate nel diritto dell'Unione (originale e derivato).

D'altra parte, vale la pena aggiungere un paio di usi che hanno attirato a malapena l'attenzione della dottrina (controllo della non applicazione e / o validità del diritto derivato e gli usi in subordine). A rigor di termini, sarebbe più appropriato parlare di tentativi di parti attrici che hanno dibattuto dinanzi alla Corte di giustizia e che non hanno ancora trovato il sostegno della Corte. Per quanto riguarda il primo di essi, sono ancora pochi i precedenti in cui è stata sollevata l'inapplicazione o l'invalidità del diritto derivato, sempre respinti dalla giurisdizione europea. Quanto al secondo, si può osservare una pratica ripetutamente utilizzata da quelle parti processuali che hanno invocato l'identità nazionale. Consiste in un'ulteriore accusa che si aggiunge ad altre presentate nella stessa azione processuale con il velato scopo di rinforzare argomentandolo il vero interesse procedurale dell'attore. In tali casi, è normale trovare una giustificazione non molto elaborata (se non mere allusioni senza ulteriore sviluppo) in relazione alla connessione di un certo principio o diritto con l'identità nazionale e in che misura è stata danneggiata.

I dibattiti sull'identità nazionale sono inscritti in un problema più ampio, avendo dato origine a una fondamentale discussione dottrinale sulla modalità di interazione tra sistemi nazionali e sovranazionali. Il pluralismo costituzionale parte dal riconoscimento di uno scenario di coesistenza di due ordinamenti giuridici autonomi e interdipendenti e concentra i propri sforzi sull'analisi dei meccanismi che possono favorire una continua interazione tra i due sistemi. A tal fine, sostituirà i tradizionali criteri di organizzazione (monismo, gerarchia e coercizione) con altri nuovi e opposti (pluralismo, eterarchia e coordinamento). Pertanto, questo paradigma relativamente nuovo metterà in discussione il modello tradizionale, centrato sullo Stato e basato su una concezione assoluta di sovranità, essendo in grado di spiegare una realtà più complessa contrassegnata da una frammentazione del potere pubblico in diversi centri di potere con capacità normativa.

Una volta che il ravvicinamento bilaterale dell'identità nazionale è stato riconosciuto ed è stato esaminato secondo il punto di vista della Corte di Giustizia, ci avviciniamo ora alla postura delle corti costituzionali nazionali. In contrappunto alla significativa evoluzione del diritto dell'Unione, le corti costituzionali italiana e tedesca hanno elaborato la dottrina dei controlimiti. Questa dottrina nasce a metà degli anni settanta del secolo scorso in tali giurisdizioni come meccanismo di controllo giudiziario in virtù del quale vennero stilati una serie di limiti all'integrazione europea. Quasi cinquant'anni dopo la sua affermazione, questa teoria resta in vigore, sebbene siano stati ampliati gli ambiti a cui si estende il potere di controllo giudiziario. Di fronte a una preoccupazione iniziale per la protezione inesistente e, successivamente, insufficiente dei diritti fondamentali a livello sovranazionale, nel corso dei decenni sono stati incorporati due ulteriori canali di controllo sulle competenze e, per ciò che ci interessa in modo particolare, sull'identità nazionale. Ciascuno di questi tre limiti formulati, corrisponde a un momento temporale e a diverse preoccupazioni per il futuro dell'integrazione europea e, sebbene vi sia stata una tendenza verso un'interpretazione costituzionale conciliante che ha reso difficile il ricorso a questi strumenti come *ultima ratio*, sono tutti ancora validi, e suscettibili di essere attivati in qualsiasi momento. Va tenuto presente che non esistono ancora precedenti in cui una corte costituzionale abbia dichiarato che un atto o una norma del diritto dell'Unione ha trasgredito l'identità nazionale di uno Stato membro, nonostante il fatto che vi siano già stati non pochi avvertimenti in merito alla possibilità che una certa interpretazione o applicazione di leggi sovranazionali possa avere queste conseguenze.

Questa dottrina giudiziaria sul controllo dell'identità nazionale ha riscosso un notabile successo, essendo stata divulgata tra differenti giurisdizioni costituzionali dell'Unione da quando fu espressamente istituita dalla Corte di Karlsruhe con la sentenza di Lisbona del 2009. In ogni caso, va precisato che né l'estensione di tale dottrina è stata completamente generalizzata né risulta essere omogenea, cioè è stata limitata a meno della metà delle corti costituzionali nazionali, presentando differenze significative tra le stesse. In questo senso, con la chiara eccezione della Corte Costituzionale Federale tedesca, questo strumento di sorveglianza è stato formulato in termini generici, rendendo impossibile discernere i tre meccanismi di controllo indipendenti (diritti fondamentali, competenze e identità nazionale). Piuttosto, è un unico strumento di controllo generale che le Corti costituzionali nazionali hanno utilizzato per difendere il loro nucleo costituzionale di base, e senza che vi sia un meccanismo processuale *ad hoc* per esercitarlo.

Il *Tribunal Constitucional* spagnolo e la Corte Costituzionale italiana possono essere assegnate a questo secondo gruppo di giurisdizioni costituzionali le quali hanno plasmato questa dottrina giudiziaria in maniera più imprecisa. Entrambi gli organi giudiziari coincidono nel riservarsi esclusivamente il ruolo di garanti del primato della costituzione nazionale e, nello specifico, di un spazio minimo, vagamente delimitato e identificabile con l'identità nazionale. Concepiscono questa dottrina giudiziaria come uno scenario eccezionale e difficilmente realizzabile in quanto sia i loro sistemi giuridici

nazionali sia quelli sovranazionali condividono sostanzialmente gli stessi principi e valori essenziali. Tuttavia, a differenza del caso del *Bundesverfassungsgericht*, entrambi si esprimono in modo meno schiacciante rispetto alle conseguenze derivanti dalla verifica della lesione della loro identità nazionale.

In questo sofisticato quadro di rapporti tra le massime autorità giurisdizionali dello spazio giudiziario europeo, va notato che stiamo assistendo a un periodo di intensificazione del dialogo tra tribunali nel quale si verificano occasionali conflitti di significativa tensione costituzionale. In questo senso, alcune di tali controversie presentano profili nuovi rispetto al modo in cui le corti costituzionali nazionali mettono in guardia su possibili interferenze costituzionali che, secondo l'opinione di tali organi giudiziari, sono rese difficili dall'influenza del diritto dell'Unione. In ogni caso, sarebbe possibile reindirizzare tali disaccordi a una dinamica nota nell'ambito delle controversie sui controlimiti nella quale, detti avvertimenti non trascinano con sè effetti pratici sotto forma di non applicazione di un atto o di una norma dell'Unione.

Una chiara manifestazione di questo fenomeno di intensificazione dialettica si è verificata a metà di questo stesso anno 2020 in occasione della vicenda PSPP dettata dal *Bundesverfassungsgericht*. Nello specifico, questa Corte ha dichiarato, per la prima volta nella sua storia, *ultra vires* - o in altre parole eccedente l'esercizio dei suoi poteri - ad un atto delle istituzioni dell'Unione, con la conseguente dichiarazione di non applicazione nell'ordinamento giuridico tedesco. In difesa dell'integrità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, la Commissione ha deciso di adottare un atteggiamento proattivo e sta attualmente studiando la possibilità di avviare una procedura di infrazione contro la Germania. Nel frattempo, la BCE si è adoperata per presentare informazioni che giustifichino la conformità del programma di acquisto di debito pubblico con i requisiti di proporzionalità richiesti dalla Corte di Karlsruhe, avendo ricevuto l'approvazione sia del governo che del parlamento federale. In tali circostanze, sono trascorsi i tre mesi del periodo transitorio concesso dalla Corte Costituzionale Federale tedesca affinché la Banca Centrale Europea emetta una nuova decisione chiarificatrice che si adegui ai criteri indicati dalla Corte lussemburghese senza che la stessa sia stata approvata. E nonostante tutto, la Banca centrale tedesca non ha mai interrotto la sua partecipazione nell'attuazione del controverso programma di acquisto.

I dibattiti sull'identità nazionale fanno parte di un problema più ampio e hanno dato origine a una discussione dottrinale fondamentale sulle modalità di interazione tra sistemi giuridici nazionali e sovranazionali. In questo senso, è stata particolarmente popolare la teoria del pluralismo costituzionale, che si basa sul riconoscimento di uno scenario di coesistenza di due sistemi giuridici autonomi e interdipendenti e concentra i suoi sforzi sull'analisi dei meccanismi che possono facilitare una continua interazione tra i due sistemi. A tal fine, sostituisce i criteri tradizionali di ordinamento (monismo, gerarchia e coercizione) con altri nuovi e opposti (pluralismo, eterarchia e coordinamento). Così, questo paradigma relativamente nuovo metterà in discussione il tradizionale modello statocentrico basato su una concezione assoluta della sovranità,

potendo rendere conto di una realtà più complessa segnata da una frammentazione del potere pubblico in diversi centri di potere con capacità normativa.

Una discrepanza fondamentale è quella relativa all'organo giurisdizionale competente a conoscere queste controversie, essendo i due candidati in causa le Corti costituzionali nazionali e la Corte di giustizia nella loro rispettiva veste di massima autorità per l'interpretazione del diritto costituzionale e del diritto dell'Unione. Non sono mancati i sostenitori dell'assegnazione all'uno o all'altro del ruolo di organo giudicante dell'identità nazionale. Sono state avanzate proposte per la creazione di un terzo organo giudiziario competente per ascoltare queste controversie, sia sotto forma di organo di conciliazione di diritto internazionale pubblico, sia attraverso la tutela di un nuovo Consiglio Costituzionale europeo. In termini generali, sono sviluppi teorici che soffrono di una mancanza di elaborazione sostanziale, richiedendo in alcuni casi una riforma preventiva dei trattati che dia loro una base giuridica al momento inesistente e che non hanno avuto un sostegno significativo tra la dottrina.

Prima di fare appello a riforme complesse e improbabili, almeno a breve termine, dei trattati, sarebbe opportuno riflettere su tutte le possibilità offerte dalla normativa vigente senza la necessità di modificare l'attuale architettura di base. In questo senso, si potrebbe promuovere un maggiore ricorso alla Grande Camera o alla seduta plenaria per la risoluzione di questo tipo di conflitti per dare maggiore legittimità alle decisioni che vengono emesse. In alternativa, poiché queste proposte possono essere giudicate come modifiche minori che non alterano sostanzialmente le difficoltà insite in queste controversie, sarebbe possibile considerare di promuovere la partecipazione dei giudici nazionali in questioni che riguardano l'identità nazionale del loro Stato di origine, in modo simile al modello della Corte Europea dei Diritti Umani e, come ultima proposta senza dubbio di maggiore importanza, considerare la creazione di una speciale camera di composizione mista integrata nella stessa Corte lussemburghese, che includerebbe magistrati della Corte di giustizia e delle corti costituzionali nazionali.

In termini procedurali, il dialogo giudiziario rappresenta il meccanismo ideale per canalizzare i conflitti verso l'identità nazionale. Esistono canali di comunicazione molto diversi che possono rientrare nella tipologia di dialoghi o conversazioni giudiziarie, sebbene senza dubbio quello privilegiato per impegnarsi in queste interazioni sia noto come questione pregiudiziale (articolo 267 TFUE). Quest’ultima per cominciare presenta il vantaggio di essere un'azione processuale con una lunga tradizione nel sistema giuridico dell'Unione, caratterizzata da una flessibilità sufficiente per facilitare una comunicazione continua, stabile e fluida, nonché per garantire una leale cooperazione tra i più alti organi giurisdizionali europei. In ogni caso, va sottolineato che allo stato attuale nel Diritto dell'Unione, ci sono alcuni ostacoli alla partecipazione diretta delle corti costituzionali nazionali sui quali bisognerebbe soffermarsi, soprattutto in considerazione del loro status di interpreti maggiormente autorizzati dei testi costituzionali e, quindi, dell'identità nazionale. Anche se ci sono buone ragioni per facilitare un intervento delle corti costituzionali dinanzi alla Corte di Giustizia nelle controversie relative all'identità

nazionale, il loro coinvolgimento non è garantito a meno che non siano esse stesse a depositare una azione pregiudiziale europea (cosa estremamente rara). Altre possibili alternative di interazione come l'intervento in contenziosi come coadiuvatori (articolo 40 dello statuto della Corte di Giustizia) o la presentazione di argomenti e osservazioni scritti (articolo 23 dello statuto della Corte di Giustizia) non trovano appiglio nella normativa e nell'attuale giurisprudenza europea.

Un'ipotetica dichiarazione di violazione dell'identità nazionale può avere gravi ripercussioni sulla coerenza dell'intero ordinamento costituzionale europeo e, pertanto, ci spinge ad esaminare meccanismi che neutralizzino o, almeno, minimizzino un impatto costituzionale di tali caratteristiche. Inquadrando questo tipo di conflitto in un contesto giudiziario, esistono mezzi di interazione che possono contribuire a raggiungere soluzioni reciprocamente accettabili o soddisfacenti per tutti gli operatori giuridici coinvolti. Con ciò si intendono diversi strumenti che la maggior parte, sebbene non tutti, sono già stati applicati dalla Corte di Giustizia, potendo essere raggruppati nelle seguenti categorie: autocontenimento o *self-restraint*, deferenza giudiziaria e test di proporzionalità. Sono meccanismi che possono essere applicati singolarmente, anche se nulla impedisce - anzi é consigliabile - di utilizzarne di più contemporaneamente. Conviene rafforzare il ruolo di ognuno di questi strumenti, per favorire uno scenario giuridico caratterizzato dal mutuo riconoscimento delle autorità giudiziarie, da una leale cooperazione e, forse in modo più deciso, dall'offerta di un predeterminato schema di risoluzione dei conflitti, che riduca l'alto grado di imprevedibilità che permea ancora questo tipo di controversie. Con tutto ciò, si pretende che la Corte di Giustizia emetta una decisione giudiziaria prevedibile, basata su argomenti prestabiliti che eviti, per quanto possibile, una decisione unilaterale delle corti costituzionali nazionali appesantita da un potenziale dirompente innegabile, che alla fine si sostanzi in una dichiarazione di non applicazione di un atto o di una norma del diritto dell'Unione negli ordinamenti giuridici nazionali.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, París, 2009.

ALÁEZ CORRAL, BENITO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, LEONARDO, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

ALBERTÍ, ENOCH, «La cláusula europea en la reforma de la Constitución española», en RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y ÁLVAREZ JUNCO, JOSÉ (coord.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

ALBI, ANNELI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

— «Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of "Co-operative" Constitutionalism», *European Constitutional Law Review*, núm. 3, vol. 1, 2007.

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

— «The Horizontal Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *European Law Journal*, núm. 8, vol. 4, 2002.

— *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005.

— «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, ENRIQUE y ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum T.R. Fernández*,Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012.

— *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

— «Artículo 93», en PÉREZ TREMPS, PABLO y SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO (dirs.), *Comentario a la Constitución española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ALONSO GARCÍA, RICARDO y SARMIENTO, DANIEL, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

ALTER, KAREN J., *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, LEONARDO, «Soberanía y Democracia en el Discurso Europeo del Tribunal Constitucional Alemán. ¿Una Nueva Defensa Ad Extra de la Democracia?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, FERNANDO, «El sistema multinivel de protección de derechos fundamentales. Un análisis desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en CARMONA CONTRERAS, ANA M. (ed.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*", Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

— «Acto y potencia de la cláusula de apertura del artículo 52.3 de la Carta», en CARMONA CONTRERAS, ANA (dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta: manual de uso*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

AMALFITANO, CHIARA y POLLICINO, ORESTE, «Jusqu'ici tout va bien… ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco», *Rivista di Diritti Comparatti*, https://www.diritticomparati.it/jusquici-tout-va-bien-ma-non-sino-alla-fine-della-storia-luci-ombre-ed-atterraggio-della-sentenza-n-115-2018-della-corte-costituzionale-che-chiude-la-saga-taricco/, 2018.

ANAGOSTARAS, GEORGIOS, «Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi y Căldăraru», *Common Market Law Review*, núm. 53, vol. 6, 2016.

— «Solange III? Fundamental Rights Protection under National Identity Review», *European Law Review*, núm. 42, vol. 2, 2017.

ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, PAZ, «Hacia una Constitución europea. Comentarios sobre los trabajos de la Convención», *Revista General de Derecho Europeo*, núm.1, 2003.

AREILZA CARVAJAL, JOSÉ M., «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005.

ARNULL, ANTHONY, «Protocol (No 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and the United Kingdom», en PEERS, STEVE, HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, Oxford, 2014.

ARROYO JIMÉNEZ, LUIS, «Hacia una normalización constitucional del Derecho de la Unión Europea. A propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013.

— «La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014.

ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER (ed.), *Respecting linguistic diversity in the European Union*, John Benjamins, Ámsterdam, 2008.

— «La política lingüística de los Estados miembros y el Derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 52, 2014.

— «Karlsruhe rechaza la doctrina del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016.

— «Euroorden, condiciones de reclusión y derechos fundamentales: Karlsruhe emplaza a completar la sentencia Aranyosi», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 66, 2018.

AVBELJ, MATEJ y KOMÁREK, JAN (eds.), «Four Visions of Constitutional Pluralism», *EUI Working Papers*, LAW 2008/21, 2008.

AZIZ, MIRIAM, «Sovereignty Lost, Sovereignty Regained? The European Integration Project and the Bundesverfassunggericht», Robert Schuman Centre for Advanced Studies, *EUI Working Paper* 2001/31, 2001.

AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL, «El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Nacional: su relación con el Tribunal de Justicia», en CARMONA CONTRERAS, ANA M. (ed.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

— «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

BAKÓ, BEÁTA, «The Zauberlehrling Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court's Case Law on Identity-, *Ultra Vires*- and Fundamental Rights Review in Hungary», *Heidelberg Journal of International Law*, núm. 78, vol. 4, 2018.

BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, «La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho constitucional europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2013.

— «Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola», en BERNARDI, ALESSANDRO (dir.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Nápoles, 2017.

BAQUERO CRUZ, JULIO, «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *European Law Journal*, núm. 14, vol. 4, 2008.

— «Another Look at Constitutional Pluralism in the European Union», *European Law Journal*, núm. 22, vol. 3, 2016.

BARENTS, RENÉ, «The Court of Justice after the Treaty of Lisbon», *Common Market Law Review*, núm. 47, vol. 3, 2010.

BARILE, PAOLO, «Ancora su diritto comunitario e diritto interno», en AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. VI, Vallechi, Florencia, 1969.

— «Il cammino comunitario della Corte», *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 18, vol. 1, 1973.

BARONE, ANSELMO, «A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via?», *Il Diritto dell'Unione Europea*, núm. 11, 2006.

BARRERO ORTEGA, ABRAHAM, «Artículo 21», en LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

BARSOTTI, VITTORIA, CARTABIA, MARTA y SIMONCINI, ANDREA, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

BASSANI, MARCO y POLLICINO, ORESTE, «Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome», https://verfassungsblog.de/defusing-the-taricco-bomb-through-fostering-constitutional-tolerance-all-roads-lead-to-rome/, *Verfassungsblog*, 2017.

BAST, JÜRGEN, «Don't Act Beyond your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's *Ultra Vires* Review», *German Law Journal*, núm. 15, vol. 2, 2014.

BAYÓN, JUAN CARLOS, «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2013.

BEATTY, DAVID D., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

BERNARDI, ALESSANDRO, «I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale», en BERNARDI, ALESSANDRO (coord.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzinali*, Jovene, Nápoles, 2017.

BESSELINK, LEONARD, «Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 35, vol. 3, 1998.

— «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 8, vol. 1, 2001.

— «National and Constitutional Identity Before and After Lisbon», *Utrecht Law Review*, núm. 6, vol. 3, 2010.

— «Respecting Constitutional Identity in the EU. Case Note to Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010», *Common Market Law Review*, núm. 49, vol. 2, 2012.

— «Constitutional Adjudication in the Era of Globalization: The Netherlands in Comparative Perspective», *European Public Law*, núm. 18, vol. 2, 2012.

— «General Report», en LAFFRANQUE, JULIA (ed.), *Protection of Fundamental Rights post-Lisbon - The interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and National Constitutions. Reports of the XXV FIDE Congress Tallin*, Tartu University Press, Tallín, 2012.

BOBEK, MICHAL, «The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts», en CLAES, MONICA, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, topics and procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012.

— *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

— «Landtovà, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Ruling Procedure», *European Constitutional Law Revie*w, núm. 10, vol. 1, 2014.

BOER, NIK DE, «Addressing rights divergences under the Charter: Melloni», *Common Market Law Review*, núm. 50, vol. 4, 2013.

BON, PIERRE, «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, 2014.

BONELLI, MATTEO, «The *Taricco* saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 25, vol. 3, 2018.

BROBERG, MORTEN y FENGER, NIELS, «Preliminary Reference as a Right: But From Whom? The Extent to which Preliminary Reference Decisions can be Subject to Appeal», *European Law Review*, núm. 36, vol. 2, 2011.

— *The Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

BOSSUYT, MARC y VERRIJDT, WILLEM, «The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment», *European Constitutional Law Review*, núm. 7, vol. 3, 2011.

BRAIBANT, GUY, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, París, 2001.

BRYDE, BRUN-OTTO, «The ECJ's Fundamentals Rights Jurisprudence - A Milestone in Transitional Constitutionalism», en POIARES MADURO, MIGUEL y AZOULAI, LOÏC (eds.), T*he Past and Future of EU Law*, Hart, Oxford, 2010.

BÚRCA, GRÁINNE DE, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, núm. 13, 1993.

— «The Language of Rights and European Integration», en SHAW, Jo y MORE, Gillian (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

— «Fundamental Rights and citizenship», en WITTE, BRUNO DE (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2003.

— «The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights», *European Law Review*, núm. 40, vol. 6, 2005.

BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, «L'identité constitutionnelle en question(s)», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011.

— «La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial» , en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN I. y JÁUREGUI BERERCIARTU, GURUTZ, *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

— «A Huron at the Kichberg Plateau or a Few Naive Thoughts on Constitutional Identity in the Case-Law of the Judge of the European Union», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

BUSTOS GISBERT, RAFAEL, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012.

— «¿Un insuficiente paso en la dirección correcta?», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 40, 2016.

— «La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo», en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ (dir.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CALLIES, CHRISTIAN, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union», en EHLERS, Dirk (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Berlín, 2007.

CAPPELLETTI, MAURO y GOLAY, DAVID, «The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration», en CAPPELETI, MAURO, SECCOMBE, MONICA y WEILER, JOSEPH H.H. (eds.), *Integration through law: Europe and the American federal experience* (vol. 1, libro 2), De Gruyter, Berlín, 1986.

CARMONA CONTRERAS, ANA, «El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones nacionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016.

— «Condenas en rebeldía, euroorden y derechos fundamentales: una cuestión de suelo, techo y espacios comunes», en CARMONA CONTRERAS, ANA (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

— «Sobre el futuro de la Constitución: proyección y encaje europeo», *Revista de las Cortes Generale*s, núm. 107, 2019.

— «¿El nivel o los niveles de protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo?: a vueltas con el artículo 53 de la Carta», en CARMONA CONTRERAS, ANA (dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta: manual de uso*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

CARRERAS SERRA, FRANCESC DE, «Unión Europea y secesión de Estados miembros. ¿Deben intervenir las instituciones europeas?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014.

CARRILLO, MARC, «Los derechos fundamentales en la Constitución europea», en VIDAL-BENEYTO, José (coord.), *El reto constitucional de Europa*, Dykinson, Madrid, 2005.

CARTABIA, MARTA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995.

— «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, vol. 1, 2009.

CARTABIA, MARTA y WEILER, JOSEPH H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bolonia, 2000.

CASSESE, ANTONIO, *International Law*, Oxford University Press, 2001.

— *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donizelli, Roma, 2009.

— «The "Constitutional Traditions Common to the Member States" of the European Union», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, 2017.

CASSIA, PAUL, «Le veritable sens de la décision nº. 2004-496 du Conseil Constitutionnel», *Actualité juridique droit administratif*, núm. 26, 2004.

CELOTTO, ALFONSO, «I controlimiti presi sul serio», *Guistizia amministrativa*, núm. 4, 2005.

CHALMERS, DAMIAN, «Judicial Preferences and the Community Legal Order», *The Modern Law Review*, núm. 60, 1997.

CHARPY, CHLOE, «The Status if (Secondary) Community Law in the French Internal Order: The Recent Case-Law of the *Conseil Constitutionnel* and the *Conseil d'État*», *European Constitutional Law Review*, núm.3, vol. 3, 2007.

CHATIEL, FLORENCE, «Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auters», *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 68, vol. 4, 2006.

— «Le Conseil d'État reconnaït la specificité constitutionnelle du droit communautaire. À propos de la décision Arcelor du 8 février 2007», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 508, 2007.

CLAES, MONICA, «Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las "cláusulas europeas" en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», en CARTABIA, MARTA, WITTE, BRUNO DE y PÉREZ TREMPS, PABLO (dirs.), *Constituciones nacionales y constituciones europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

— *The National's Court Mandate in the European Constitution*, Hart, Oxford, 2006.

— «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway», en CLAES, MONICA, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actors Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012.

— «The Primacy of EU Law in European and National Law», en CHALMERS, DAMIAN y ARNULL, ANTHONY, *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

— «Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure», *German Law Journal*, núm. 16, vol. 6, 2015.

CLAES, MONICA y REESTMAN, JAN-HERMAN, «The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case», *German Law Journal*, núm. 16, vol. 4, 2015.

CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE, «Introduction: On Constitutional Coversations», en CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actors Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012.

CLOOTS, ELKE, «Respecting linguistic identity within the EU's internal market: Las», *Common Market Law Review*, núm. 51, vol. 2, 2014.

— *National Identity in EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

CODINANZI, MASSIMO, «I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare», en NASCIMBENE, BRUNO (dir.), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Giuffrè, Milán, 2015.

COPPEL, JASON y O'NEILL, AIDAN, «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?», *Common Market Law Review*, núm. 29, 1992.

COULMAS, FLORIAN (ed.), *A Language Policy for the European Community: prospects and quandaries*, Mouton de Gruyter, Berlín, 1991.

CRAIG, PAUL y BÚRCA, GRÁINNE DE, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 7ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2020.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

— *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

— «Europeización de la Constitución española: una introducción al problema», en CRUZ VILLALÓN, PEDRO (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006.

— «La Cláusula General Europea», en CRUZ VILLALÓN, PEDRO (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006.

— «Unos derechos, tres tribunales», en CASAS BAHAMONDE, MARÍA E., DURÁN LÓPEZ, FEDERICO y CRUZ VILLALÓN, JESÚS (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución europea. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodriguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Wolters Kluwers, Madrid, 2006.

— «Rights in Europe: The Crowded House», *Working Papers in European Law*, 01/2012, 2012.

— «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013.

— «La Constitución del Estado miembro», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 12, 2016.

— «Rule of (German) Law?: On Legal Hegemony in EU Law», *Verfassungsblog*, https://verfassungsblog.de/rule-of-german-law/, 2020.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO y REQUEJO PAGÉS, JUAN L., «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015.

CUNHA RODRIGUES, JOSÉ, «The incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order», en POIARES MADURO, MIGUEL y AZOULAI, LOÏC (eds.), *The past and future of EU Law*, Hart, Oxford, 2010.

CURTIN, DEIRDRE, «The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces», *Common Market Law Review*, núm. 30, vol. 1, 1993.

CURTIN, DEIRDRE y MANUCHARYAN, TATEVIK, «Legal Acts and Hierarchy of Norms in EU Law», en CHALMERS, DAMIAN y ARNULL, ANTHONY (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

DAGILYTE, EGLE, STASINOPOULOS, PANOS y ŁAZOWSKI, ADAM, «The importance of being Earnest: spelling of names, EU citizenship and fundamental rights», *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, núm. 11, vol. 1, 2015.

DAUSES, MANFRED, «The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order», *European Law Review*, núm. 10, 1985.

DEBBASCH, ROLAND, «La reconnaisance constitutionnelle de la langue française", *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 11, 1992.

DEFOSSEZ, ALEXANDRE, «Arrêt “Las”: Les règles relatives à l’emploi des langues à l’èpreuve du droit de l’Union européenne», *Journal de droit européen*, núm. 199, vol 5, 2013.

DÍEZ-HOCHLEITNER, JAVIER, «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», *Working Papers Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 17, 2013.

DÍEZ-PICAZO, LUIS M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

— *La naturaleza de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

— «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», en CARTABIA, MARTA, WITTE, BRUNO DE y PEREZ TREMPS, PABLO (dirs.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

DOBBS, MARY, «Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States», *Yearbook of European Law*, núm. 33, vol. 1, 2014.

DONNELLY, JACK, «Cultural Relativism and Universal Human Rights», *Human Rights Quaterly*, núm. 6, vol. 4, 1984.

DOUGAN, MICHAEL, «The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts», *Common Market Law Review*, núm. 45, vol. 3, 2008.

— «The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law before the National Courts», en CRAIG, PAUL y BÚRCA, GRÁINNE DE, *The Evolution of EU Law*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2011.

DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH, "*Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi* v. *Ireland*", *Common Market Law Review*, núm. 43, vol. 1, 2006.

DWORKING, RONALD, *Taking Rights Seriously*, London Duckworth, Londres, 1977.

DYEVRE, ARTHUR, «The *Melki* Way: The *Melki* Case and Everything You Always Wanted to Know About French Judicial Politics (but Were Afraid to Ask)», en CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2013.

EECKHOUT, PIET, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», *Common Market Law Review*, núm. 39, vol. 5, 2002.

EIJSBOUTS, WILLEM T. y REESTMAN, JAN-HERMAN, «The Dance of Justice», *European Constitutional Law Review*, núm. 9, vol. 1, 2013.

ELLIS, EVELY (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

EMILIOU, NICHOLAS, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Springer, Berlín, 1996.

ENOCH ALBERTI, ENOCH, «El Tratado por el que se establece una constitución para Europa y la emergencia de un derecho constitucional europeo», en CARRILLO, MARC y LÓPEZ BOFILL, HÈCTOR (coords.), *La Constitución europea: Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

FABBRINI, FEDERICO, «After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States», *German Law Journal*, núm. 16, vol. 4, 2015.

— «Suing the BVerfG» *Verfassungsblog*, https://verfassungsblog.de/suing-the-bverfg/ , 2020.

FABBRINI, FEDERICO y POLLICINO, ORESTE, «Constitutional Identity in Italy. Institutional Disagreements at a Time of Political Change», en CALLIES, CHRISTIAN y VAN DER SCHYFF, GERHARD (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutinalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

FABBRINI, FEDERICO y SAJÓ, ANDRÁS, «The dangers of constitutional identity», *European Law Journal*, núm. 25, vol. 4, 2019.

FARAGUNA, PIETRO, «Il caso Sayn-Wittgenstein: la Corte di giustizia traccia un modello de "controlimiti europeizzati"?», *Quaderni costituzionali*, vol. 2, 2011.

— *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milán, 2015.

— «Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni», en BERNARDI, Alessandro (coord.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Nápoles, 2017.

— «Roma locuta, Taricco finita», *Rivista di Diritti Comparatti*, https://www.diritticomparati.it/roma-locuta-taricco-finita/, 2018.

FAVILLI, CHIARA y GUARRIELLO, FAUSTA, «Articolo 21», en MASTROIANNI, ROBERTO, POLLICINO, ORESTE, ALLEGREZZA, SILVIA, PAPPALARDO, FABIO Y RAZZOLINI, ORSOLA (dirs.) *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milán, 2017.

FEDERICO, GIACOMO DI, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017.

— «Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della "regola *Taricco*" nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE», *Federalismi*, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38091, núm. 4, 2017.

— «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali», *Quaderni costituzionali*, vol. 2, 2019.

FEICHTNER, ISABEL, «The German Constitutional Court's PSPP Judgment: Impediment and Impetus for the Democratization of Europe», *German Law Journal*, núm. 21, vol. 5, 2020.

FERNÁNDEZ-MAUBLANC, LUCIENNE-VICTOIRE, «L'évolution constrastée des competences rétenues par les États membres», en AA.VV., *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l´honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, París, 2004.

FERRERES COMELLA, VÍCTOR, «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo», en SAIZ ARNÁIZ, ALEJANDRO y ZELAIA, MAITE (coords.), *Integración europea y Poder judicial*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñate, 2005.

— «La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», en LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO, SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Constitución*

española y Constitución europea: análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

— *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, Yale University Press, New Haven, 2009.

FISCHERA, MASSIMO y POLLICINO, ORESTE, «The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?», *German Law Journal*, núm. 20, vol. 8, 2019.

FONTANELLI, FILIPPO, «*Hic Sunt Nationes*: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog», *European Constitutional Law Review*, núm. 9, vol. 2, 2013.

FONTANELLI, FILIPPO, MARTINICO, GIUSEPPE y CARROZZA, PAOLO, «Introduction", en FONTANELLI, FEDERICO, MARTINICO, GIUSEPPE Y CARROZA, PAOLO, *Shaping the Rule of Law through Dialogue*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010.

FRANTZIOU, ELENI, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union. A Constitutional Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

FROWEIN, JOCHEN A., «Solange II», *Common Market Law Review*, núm. 25, vol. 1, 1988.

GAJA, GIORGIO, «New Developments in a Continuing Story: The Relationship Between EEC Law and Italian Law», *Common Market Law Review*, núm. 27, vol. 1, 1990.

GALLO, DANIELE, «Controlimiti, identità nzionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco», Il Diritto dell'Unione Europea, vol. 1, 2017.

GARBEN, SACHA, «Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers», *Journal of Common Market Studies*, núm. 58, vol. 1, 2020.

GARCÍA ÁLVAREZ, GERARDO, *Función consultiva y procedimiento: (régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GARCÍA ROCA, JAVIER, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.

— «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2017.

GARNER, OLIVER, «Squaring the PSPP Circle», https://verfassungsblog.de/squaring-the-pspp-circle/, *Verfassungsblog*, 2020.

GENEVOIS, BRUNO, «Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. A propos de la décision nº2004-496 DC du 10 juin 2004», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, 2004.

GERARD, PHILIPE y VERRIJDT, WILLEM, «Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse: Belgian Constitutional Court No. 62/2016, 28 April 2016», *European Constitutional Law Review*, núm. 13, vol. 1, 2017.

GERARDS, JANNEKE, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, núm. 17, vol. 1, 2011.

GILBERT, MARK, *European Integration: A Concise History*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2011.

GOLDSMITH, LORD, «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review*, núm. 38, vol. 5, 2001.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR, «La Constitución española frente al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma Constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, 2005.

GONZÁLEZ GARCÍA, INMACULADA, «TJCE – Sentencia de 12.09.2006, España/Reino Unido, C-145/04, Parlamento Europeo - Elecciones - Derecho de voto - ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar y que no poseen la ciudadanía de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, 2008.

GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

— «Criminal Law as an Essential Function of the State: Last Line of Resistance?», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

— «La coexistencia del proceso autonómico y la integración europea. Perspectivas de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea», en TUDELA ARANDA, JOSÉ y GARRIDO LÓPEZ, CARLOS, *La organización territorial del Estado, hoy*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GORDILLO PÉREZ, LUIS I., «Las tradiciones constitucionales comunes como principios generales del derecho: evolución y perspectivas tras la constitucionalización de la carta», en CARMONA CONTRERAS, ANA (dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta: manual de uso*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

GORDILLO, LUIS I. y MARTINICO, GIUSEPPE, *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

GORDILLO PÉREZ, LUIS I. y TAPIA TRUEBA, ARIANE, «Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, 2014.

GRABENWARTER, CHRISTOPH, «General Report», The Cooperation of Constitutional Courts in Europe - Current Situation and Perspectives, XVIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2014.

GREWE, CONSTANCE, «Droits intangibles», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* - Constitutions et droit pénal hiérarchie(s) et droits fondamentaux, núm. XXVI - 2010, Economica, París, 2011.

— «Methods of Identification of National Constitutional Identity», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

GREWE, CONSTANCE y RIDEAU, JÖEL, «L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne: flash back sur le "coming-out" d'un concept ambigu», en COHEN-JONATHAN, GERARD, CONSTANTINESCO, VLAD y MICHEL, VALERIE (dirs.), *Chemis d'Europe: mélange en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010.

GREWE, CONSTANCE y RUIZ FABRI, HELENE, *Droits constitutionnels européens*, PUF, París, 1995.

GRIMM, DIETER, «The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World», en DOBNER, PETRA y LOUGHLIN, MARTIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

— «Defending Sovereignty Statehood against Transforming the European Union into a State», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, vol. 3, 2009.

GROPPI, TANIA, «Constitutional revision in Italy. A marginal instrument for constitutional change», en CONTIADES, XENOPHON, *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Routledge, Londres, 2013.

GROSSO, ENRICO, «Articolo 139», en BIFULCO, RAFFAELE, CELOTTO, ALFONSO y OLIVETTI, MARCO (eds.), *Commentario della Costituzione*, UTET, Milán, 2006.

GROUSSOT, XAVIER, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006.

GUASTAFERRO, BARBARA, «Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause», *Yearbook of European Law*, núm. 31, vol. 1, 2012.

— «Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco», *Quaderni costituzionali*, vol. 2, 2018.

HABERMAS, JÜRGEN, «Remarks on Dieter's Grimm "Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, núm. 1, vol. 3, 1995.

HALBERSTAM, DANIEL, «Constitutional Heterarchy: The Centrality of conflict in the European Union and the United States», en DUNOFF, JEFFREY L. y TRACHTMAN, JOEL P., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

HALBERSTRAM, DANIEL y MÖLLERS, CHRISTOPH, «The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"», *German Law Journal*, núm. 10, vol. 8, 2009.

HALMAI, GÁBOR, «Abuse of constitutional identity: the Hungarian constitutional court on interpretation of article E) (2) of the fundamental law», *Review of Central and East European Law*, núm. 43, vol. 1, 2018.

HARBO, TOR-INGE, «The Function of the Proportionality Principle in EU Law», *European Law Journal*, núm. 16, vol. 2, 2010.

HART, HERBERT L.A., *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, Madrid, 1980.

HARTWIG, MATTHIAS, «Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court of Human Rights», *German Law Journal*, núm. 6, vol. 5, 2005.

HILLION, CHRISTOPHE, «A powerless court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy», en CREMONA, MARISE y THIERS, ANNE (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law*, Hart, Oxford, 2014.

— «Accession and Withdrawal in the Law of the European Union», en CHALMERS, DAMIAN y ARNULL, ANTHONY (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

HIRSHL, RAN, «Editorial», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 11, vol. 1, 2013.

HOFFMAN, HERWIG, «Legislation, Delegation and Implementation Under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality», *European Law Journal*, núm. 15, vol. 4, 2009.

HONG, MATHIAS, «Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange III and Aranyosi», *European Constitutional Law Review*, núm. 12, vol. 3, 2016.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN, «Implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (una aproximación "post-Lisboa")», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 39, 2011.

IZQUIERDO SANS, CRISTINA, «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 23, 2011.

JACOBS, FRANCIS G., «Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice», *European Law Review*, núm. 26, vol. 5, 2001.

JACOBSOHN, GARY J., «Constitutional Identity», *The Review of Politics*, núm. 68, 2006.

— *Constitutional Identity*, Harvard University Press, Cambridge, 2010.

JACQUÉ, JEAN P., «The Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union», en PEERS, STEVE, HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Hart, 2014.

JANS, JAN H., «Proportionality Revisited», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 27, vol. 3, 2000.

JIMENA QUESADA, LUIS, «La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos», T*eoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

JONES, ERIK, «Identity and Solidarity», en JONES, ERIK, MENON, ANAND y WEATHERILL, STEPHEN (eds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

KAILA, HEIDI, «The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States», en CARDONNEL, Pascal, ROSAS, Allan y WAHL, Nils, *Constitutionalising the EU Judicial System: essays in honour of Pernila Lindh*, Hart, Oxford, 2012.

KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico D.F., 1995.

KLABBERS, JAN, «Straddling the Fence. The EU and International Law», en CHALMERS, DAMIAN y ARNULL, ANTHONY (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

KLAMERT, MARCUS, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

KLATT, MATTHIAS y MEISTER, MORITZ, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

KLEMEN, JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

KNOOK, ALLARD, «The Court, The Charter, and the Vertical Division of Powers in the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 42, vol. 2, 2005.

KOCHENOV, DIMITRY, «Busting the myths nuclear: A commentary on Article 7 TEU», *EUI Working Paper*, LAW 2017/10, 2017.

KOCHENOV, DIMITRY y BÁRD, PETRA, «Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU. The Pitfalls of Overemphasising Enforcement», *Reconnect*, Working Paper núm. 1, 2018.

KOKOTT, JULIANE, «States, Sovereign Equality», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

KOMÁREK, JAN, «European constitutionalism and the European Arrest Warrant: In search of the limits of "contrapunctual principles"», *Common Market Law Review*, núm. 44, vol. 1, 2007.

— «The Place of Constitutional Courts in the EU», *European Constitutional Law Review*, núm. 9, vol. 3, 2013.

— «Legal Reasoning in EU Law», en CHALMERS, DAMIAN y ARNULL, ANTHONY (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

KONSTANIDIDES, THEODORE, «Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 13, 2011.

KÖRTVÉLYESI, ZSOLT y MAJTÉNYI, BALÁZS, «Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary», *German Law Journal*, núm. 18, vol. 7, 2017.

KOVÁCS, KRISZTA, «The Rise of an Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts», *German Law Journal*, núm. 18, vol. 7, 2017.

KUHNERT, KATHRIN, «Bosphorus - Double Standards in European Human Rights Protection?», *Utrecht Law Review*, núm. 2, vol. 2, 2006.

KUMM, MATTIAS, «Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice», *Common Market Law Review*, núm. 36, vol. 2, 1999.

— «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, núm. 11, vol. 3, 2005.

— «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism», en DUNOFF, JEFFREY L. y TRACHTMAN, JOEL P., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

KUMM, MATTIAS, «Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might do About it», *German Law Journal*, núm. 15, vol. 2, 2014.

KUMM, MATTIAS y FERRERES COMELLA, VÍCTOR, «The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of the Constitutional Conflicts in the European Union », *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, vóls. 2-3, 2005.

KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996.

LADENBURGER, CLEMENS, «European Union Institutional Report», en LAFFRANQUE, JULIA (ed.), *Protection of Fundamental Rights post-Lisbon - The interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and National Constitutions. Reports of the XXV FIDE Congress Tallin*, Tartu University Press, Tallín, 2012.

LAFFRANQUE, JULIA, «Who Has the Last Word on the Protection of Human Rights in Europe?», *Juridica International Law Review*, núm. 19, 2012.

LAZOWSKI, ADAM, «Withdrawal from the European Union and Alternatives to Membership», *European Law Review*, núm. 37, 2012.

LENAERTS, KOEN, «Constitutionalism and the Many Faces of Federalism», *American Journal of Comparative Law*, núm. 38, vol. 2, 1990.

— «The Court of Justice of the European Union and the Protection of Fundamental Rights», *Polish Yearbook of International Law*, núm. 79, 2011.

— «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *European Constitutional Law Review*, núm. 8, vol. 3, 2012.

LENAERTS, KOEN y GUTIÉRREZ-FONS, JOSÉ A., «The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law», *Common Market Law Review*, núm. 47, vol. 6, 2010.

— «The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice», en PEERS, STEVE, HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, Oxford, 2014.

LEÓN JIMÉNEZ, ROSARIO, *La figura del abogado general en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Reus, Reus, 2007.

LEVADE, ANNE, «Le Conseil Constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé», *Revue de droit publique*, núm. 4, 2004.

— «Préambule», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, LEVADE, ANNE y PICOD, FABRICE (dirs.), *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européene. Comentaire article par article. Tome* 2, Bruylant, París, 2005.

— «Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, 2007.

LIISBERG, JONAS B., «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?», *Common Market Law Review*, núm. 38, vol. 5, 2001.

LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO, «De Integración y Soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental Alemana (LF)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994.

— *Constitución e integración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.

— «La incorporación de la cláusula europea a la Constitución nacional», en CARMONA CONTRERAS, ANA M. (ed.), *La Unión Europea en Perspectiva Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

— «¡Alto ahí a la "identidad constitucional"! Un ejemplo (ya no tan) reciente de discontinuidad continuista en la jurisprudencia iuscomunitarista del TFCA», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

LÓPEZ ESCUDERO, MANUEL, «Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 64, 2019.

LÓPEZ GUERRA, LUIS, «National Identity and the European Convention on Human Rights», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

LÓPEZ PIERNAS, JUAN J., *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

LOUIS, JEAN V., «Le droit de retrait de l'Union Européenne», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 42, vol. 3-4, 2006.

LÜBBE-WOLFF, GERTRUDE, «Who has the last word? National and transnational courts - Conflict and Cooperation», *Yearbook of European Law*, núm. 30, vol. 1, 2011.

LUPO, ERNESTO, «La sentenza M.A.S. della Corte di Giustizia e i suoi effetti: continua la saga Taricco», *Quaderni costituzionali*, vol. 1, 2018.

MACCORMICK, NEIL, «Beyond the Sovereign State», *The Modern Law Review*, núm. 56, 1993.

— «The Maastricht-Urteil: Sovererignty Now», *European Law Journal*, núm. 1, vol. 3, 1995.

— «Risking Constitutional Collision in Europe», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 18, 1998.

— *Questioning Sovereingty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

MAGANARIS, EMMANUEL, «The Principle of Supremacy of Community Law - The Greek Challenge», *European Law Review*, núm. 23, vol. 2, 1998.

MAGNON, XAVIER, «La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit commnautaire par le Conseil d'État», *Revue Française du Droit Administratif*, núm. 3, 2007.

MANGAS MARTÍN, ARACELI, *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005.

— «El escoramiento intergubernamental de la Unión», en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ M. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008.

— «Artículo 21», en MANGAS MARTÍN, ARACELI (dir.), *Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

— «Artículo 51», en MANGAS MARTÍN, ARACELI (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

— «La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013.

MARTÍ, JOSÉ L., «Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

MARTIN, SÉBASTIEN, «L'identité de l'État dans l'Union Européene: Entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 91, 2012.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ, «La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional: un giro jurisprudencial en la concepción del artículo 93 de la Constitución española», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, editorial, 2005.

— «Artículo 53. Nivel de protección», en MANGAS MARTÍN, ARACELI (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

— «Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado autonómico sin reforma de la Constitución», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 33, 2010.

— «Constitutional Identity in Spain. Commitment to European Integration without Giving Up the Essence of the Constitution», en CALLIES, CHRISTIAN y VAN DER SCHYFF, GERHARD (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

MARTÍN RODRIGUEZ, PABLO J., «Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, 2014.

— «La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Căldăraru», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2016.

— «Y sonaron las trompetas a las puertas de Jericó…en forma de sentencia del *Bundesverfassungsgericht*», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 52, 2020.

MARTÍN VIDA, MARÍA Á., «La reforma del artículo 12*a* de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia "Kreil" del Tribunal de Justicia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, 2006.

MARTINICO, GIUSEPPE, «Preliminary References and Constitutional Courts: Are You in the Mood for Dialogue?», *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper*, núm. 2009/10, 2009.

— «Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of "Hidden Dialogues"», *King's Law Journal*, núm. 21, 2010.

— «Multiple loyalties and dual preliminarity: The pains of being a judge in a multilevel legal order», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 10, vol. 3, 2012.

— «What lies behind Article 4(2) TUE», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

— «The Autonomy of EU Law. A joint celebration of Kadi II and Van Gend en Loos», en AVBELJ, MATEJ, FONTANELLI, FILIPPO y MARTINICO, GIUSEPPE (eds.), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Routledge, Londres, 2014.

— «The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law», *German Law Journal*, núm. 16, vol. 6, 2015.

MASTROIANNI, ROBERTO, «La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?», en BERNARDI, ALESSANDRO y CUPELLI, CRISTIANO (dirs.), Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, Jovene, Nápoles, 2017.

MASTROIANNI, ROBERTO y ARENA, AMEDEO, «Free movement of lawyers and the Torresi judgment: a bridge too far?: European Court of Justice, Grand Chamber Judgment of 17 July 2014, Joined Cases C-58/13 and C-59/13Angelo Alberto Torresi and Pierfrancesco Torresi v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata», *European Constitutional Law Review*, núm. 11, vol. 2, 2015.

MATHIEU, BERTRAND, *Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales*, Dalloz, París, 2004.

— «Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 18, 2005.

— «Le droit constitutionnel fait son entrée au Conseil constitutionnel», *Les Petites Affiches*, núm. 167, 2006.

— «Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 72, vol. 4, 2007.

MAYER, FRANZ C., «Van Gend en Loos: The Foundation of a Community Law», en POIARES MADURO, MIGUEL y AZOULAI, LOÏC (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Treaty of Rome*, Hart, Oxford, 2010.

— «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence allemande», en BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011.

— «The Ultra Vires Ruling: Deconstructing the German Federal Constitutional Court's PSPP decisión of 5 May 2020», *European Constitutional Law Review*, núm. 16, vol. 4, 2020.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AGUSTÍN J., «Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013.

MILLET, FRANÇOIS-XAVIER, *L'Union européene et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDP, París, 2013.

— «How Much Lenience for How Much Cooperation? On the First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice», *Common Market Law Review*, núm. 51, vol.1, 2014.

— «Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de Justice», *Quaderni costituzionali*, vol. 4, 2018.

— «Constitutional Identity in France: Vice and -Above all- virtues», en CALLIES, CHRISTOPH y VAN DER SCHYFF, GERHARD (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

MONTESINOS PADILLA, CARMEN, «Artículo 95», en PÉREZ TREMPS, PABLO y SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO (dirs.), *Comentario a la Constitución española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MOREIRO GONZÁLEZ, CARLOS J., *Las cláusulas de seguridad nacional*, Iustel, Madrid, 2007.

— «La reorientación estatal de la Unión Europea», en FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS R. y DÍAZ BARRADO, CASTOR M. (dirs.), *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008.

MORGADES GIL, SILVIA, «El principio del respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los Estados miembros de la Unión Europea», en OLESTI RAYO, ANDREU (coord.), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.F

MORI, PAOLA, «Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo», VENTURA, LUIGI y MORELLI, ALESSANDRO (eds.), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milán, 2015.

MORRONE, ANDREA, «I mutamenti costituzionali derivanti dell'integrazione europea», *Federalismi*, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37235, 2018.

MOUTON, JEAN-DENIS, «Vers la reconnaissance d'un droit à l'identité nationale pour les États membres de l'Union?», en AA.VV., *La France, l'Europe et le monde, Mélanges en l'honneur de J. Charpentier*, Pedone, París, 2008.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

MURPHY, WALTER F. y TANENHAUS, JOSEPH, *Comparative Constitutional Law. Cases and Commentaries*, St. Martin's Press, Londres, 1977.

NEERGAARD, ULLA y SORENSEN, KARSTEN E., «Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the *Ajos* Case», *Yearbook of European Law*, núm. 36, 2017.

NIC SHUIBNE, NIAMH, *EC Law and Minority Language Policy*, Kluwer Law International, La Haya, 2002.

— «Margin of Appreciation: National values, fundamental rights and EC free movement law», *European Law Review*, núm. 2, 2009.

— *The Coherence of EU Free Movement Law: Constitutional Responsability and the Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

— «Primary Laws: Judging Free Movement Restrictions after Lisbon», en KOUTRAKOS, PANOS, NIC SHUIBHNE, NIAMH y SYRPIS, PHIL, *Exceptions from EU Free Movement Law: derogation, justification and proportionality*, Hart, Oxford, 2016.

NICOLAIDES, PHEDON, «New Limits to the Concept of Selectivity: The Birth of a 'General Exception' to the Prohibition of State Aid in EU Competition Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 6, vol. 6, 2015.

NYIKOS, STACY, *The European Court and National Courts: Strategic Interaction within the EU Judicial Process*, 2000.

OPPENHEIMER, ANDREW, *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

ORTEGA y GASSET, JOSÉ, *La rebelión de las masas*, Tecnos, Madrid, 2003.

PACE, ALESSANDRO, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Pauda, 1997.

PANUNZIO, SERGIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», en PANUNZIO, Sergio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Nápoles, 2005.

PAYANDEH, MEHRDAD, «Constitutional Review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Law and the EU Court of Justice», *Common Market Law Review*, núm. 48, vol. 1, 2011.

— «The OMT Judgment of the German Constitutional Court. Repositioning the Court within the European Constitutional Architecture», *European Constitutional Law Review*, núm. 13, vol. 2, 2017.

PARIS, DAVIDE, «Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU», *European Constitutional Law Review*, núm. 11, vol. 2, 2015.

PECH, LAURENT, *The European Union and its Constitution. From Rome to Lisbon*, Claurus Press, Dublín, 2008.

PEREIRA COUTINHO, FRANCISCO y PIÇARRA, NUNO, «Portugal: The Impact of European Integration and the Economic Crisis on the Identity of the Constitution», en ALBI, ANNELI Y BARDUTZKY, SAMO, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights and Rule of Law*, Springer, Berlín, 2019.

PÉREZ TREMPS, PABLO, *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993.

— «Constitución española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004.

— «La integración en la Unión Europea», en CASAS BAAMONDE, MARÍA E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Wolters Kluwers, Madrid, 2009.

— «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 29, 2009.

— «National Identity in Spanish Constitutional Court Case-Law», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

— *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PÉREZ TREMPS, PABLO y VIOLINI, LORENZA, «La Constitución europea y la organización territorial de los Estados miembros», en CARTABIA, MARTA, WITTE, BRUNO DE y PÉREZ TREMPS, PABLO (dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

PERNICE, INGOLF, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», *Common Market Law Review*, núm. 36, vol. 4, 1999.

— «Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law», en POIARES MADURO, MIGUEL y AZOULAI, LOÏC (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Treaty of Rome*, Hart, Oxford, 2010.

— «A Difficult Partnership Between Courts: The First Preliminary Reference by the German Federal Constitutional Court to the CJEU», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 21, vol. 1, 2014.

PESCATORE, PIERRE, «The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities», *Human Rights Law Journal*, núm. 2, 1981.

— *L'ordre juridique des communautés européennes*, Bruylant, Bruselas, 2006.

PETERS, ANNE, «The Bananas Decision 2000 of the German Federal Constitutional Court: Towards Reconciliation with the ECJ as regards Fundamental Rights Protection in Europe», *German Yearbook of International Law*, núm. 43, 2000.

PETIT, YVES, «Article L», en CONSTANTINESCO, VLAD, KOVAR, ROBERT y SIMON, DENYS (eds.), *Traité sur l'Union Européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article*, Economica, París, 1995.

PETRICCIONE, RAFFAELE M., «Supremacy of Community Law over national law», *European Law Review*, núm. 11, 1986.

PHINNEMORE, DAVID, *The Treaty of Lisbon: Origins and Negotiations*, Palgrave Macmillan, Londres, 2013.

PICOD, FABRICE, «Article II-81-§2», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, LEVADE, ANNE y PICOD, FABRICE (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article, Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, París, 2005.

— «Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 18, 2005.

PLIAKOS, ASTERIS y ANAGNOSTARAS, GEORGIOS, «Fundamental Rights and the New Battle over Legal and Judicial Supremacy: Lessons from *Melloni*», *Yearbook of European Law*, núm. 34, vol. 1, 2015.

PLÖTNER, JENS, «Report on France», en SLAUGHTER, ANNE-MARIE, STONE SWEET, ALEC y WEILER, JOSEPH H.H., *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998.

POIARES MADURO, MIGUEL, «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en WALKER, NEIL (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003.

— «Las Formas del Poder Constitucional en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003.

POLLACK, MARK A., «The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union», en COHEN, Harlan y GROSSMAN, Nienke (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

POLLICINO, ORESTE, «Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 4, 2005.

PONTHOREAU, MARIE C., «Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité constitutionnelle. L'Europe à l'èpreuve des identités constitutionnelles nationales», *Diritto Pubblico Ed Comparato*, 2007.

POPELIER, PATRICIA, MAZMANYAN, ARMEN y VANDENBRUWAENE, WERNER (eds.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Intersentia, Cambridge, 2013.

PRIOLLAUD, FRANÇOIS-XAVIER y SIRITZKY, DAVID, *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des noveaux traités européens (TUE-TFUE)*, La Documentation Française, París, 2008.

PUEBLA PINILLA, ANA DE LA, «Indemnizaciones por despido y FOGASA: divergencias con la doctrina comunitaria (Comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto Cordero Alonso)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 20, 2006.

PULIDO QUECEDO, MANUEL, «Artículo 95», *Comentarios a la Constitución española*, CASAS BAAMONDE, MARIA E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL (dirs.), Wolters Kluwers, Madrid, 2009.

QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTTJCE, asunto K.B. y García Avello)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, 2004.

RAVASI, ELISA, *Human Rights Protection by the ECtHR and the ECJ. A Comparative Analysis in Light of the Equivalence Doctrine*, Brill Nijhoff, Leiden, 2017.

REESTMAN, JAN-HERMAN, «The Franco-German Constitutional Divide. Reflects on National and Constitutional Identity», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, vol. 3, 2009.

REESTMAN, JAN-HERMAN y BESSELINK, LEONARD, «Editorial. After Åkerberg Fransson and Melloni», *European Constitutional Law Review*, núm. 9, vol. 2, 2013.

REQUEJO PAGÉS, JUAN L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

— *El sueño constitucional*, KRK ediciones, Oviedo, 2016.

RIPOL CARULLA, SANTIAGO, «La sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019: la aplicación del canon de control más específico del artículo 24.2 CE a las decisiones judiciales que no aplican una norma nacional contraria al DUE sin planteamiento de cuestión prejudicial», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 50, 2020.

RITLENG, DOMINIQUE, «Article 46», en CONSTANTINESCO, VLAD, GAUTIER, YVES y SIMON, DENYS (dirs.), *Traités d'Amsterdam et de Nice. Commentaire article par articl*e, Economica, París, 2006.

RODRIGUEZ IGLESIAS, GIL C., «El Consejo Constitucional francés reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, Editorial, 2004.

— «No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, 2005.

ROSAS, ALLAN, «The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue», *European Journal of Legal Studies*, núm. 1, vol. 2, 2007.

ROSAS, ALLAN Y ARMATI, LORNA, *EU Constitutional Law: An Introduction*, Hart, Oxford, 2011.

ROSAS, ALLAN y KAILA, HEIDI, «L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne par la Cour de Justice: un premier bilan», *Il Diritto dell'Union Europea*, núm. 16, 2011.

ROSSA PHELAN, DIARMUID, *Revolt or Revolution? The Constitutional Boundaries of the European Community*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997.

ROSENFELD, MICHEL, «The European Treaty-Constitution and Constitutional Identity: A View from America», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, vol. 2-3, 2005.

— «Constitutional Identity», en ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

ROSSI, LUCIA S., «The Principle of Equality Among Member States of the European Union», en ROSSI, LUCIA S. y CASOLARI, FEDERICo (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, Springer, Berlín, 2017.

— «2, 4, 6 (TUE)…l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE», en AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Giapichelli, Turín, 2018.

ROUSSEAU, DOMINIQUE, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenee?», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, «Mostrar los Derechos sin Destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002.

— «Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013.

RUGGIERI, ANTONIO, «Le pronunzie della Corte costituzionale come "controlimiti" alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento italiano?», *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2005.

— «Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita», en COSTANZO, PASQUALE, MEZZETI, LUCA y RUGGIERI, ANTONIO, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Milán, 2014.

— «Primato del diritto sovranazionale *versus* identità costituzionale? (alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i controlimiti)» en BERNARDI, ALESSANDRO (coord.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionale*, Jovene, Nápoles, 2017.

— «Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora opone, i controlimiti», en BERNARDI, ALESSANDRO y CUPELLI, CRISTIANO (dirs.), Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, Jovene, Nápoles, 2017.

ŠADL, URŠKA y MAIR, SABINE, «Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A», *European Constitutional Law Review*, núm. 13, vol. 2, 2017.

SADURSKI, WOJCIECH, «European Constitutional Identity», *EUI Working Paper*, núm. 33, 2006.

— «"Solange, chapter 3": Constitutional Courts in Central Europe - Democracy - European Union», *European Law Journal*, núm. 14, vol. 1, 2008.

— *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

SAFJAN, MAREK, «Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Field of Conflict?», *EUI Working Paper*, LAW 2012/22, 2012.

— «Les dilemmes de l'application de standards plus élévés de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l'identité constitutionnelle», en TIZZANO, ANTONIO, ROSAS, ALLAN, SILVA DE LA PUERTA, ROSARIO, LENAERTS, KOEN y KOKOTT, JULIANNE (dirs.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, Bruylant, París, 2015.

SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO, «Identité nationale et Droit de l'Union Européene dans la jusrisprudence constitutionnelle espagnole», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011.

SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA, «Why Constitutional Identity Suddenly Matters: A Tale of Brave States, a Mighty Union and the Decline of Sovereignty», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

SALVATORE, ENZO DI, «Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro», *Quaderni costituzionale*, núm. 31, vol. 2, 2011.

SÁNCHEZ RODRIGUEZ, LUIS I., «Sobre el Derecho Internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo. A propósito del asunto Matthews c. Reino Unido», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 5, 1999.

SANTAMARÍA DACAL, ANA, «Una reflexión más sobre la primacía del derecho comunitario con ocasión de la sentencia *Michaniki* y a la luz del Tratado de Lisboa», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 30, 2009.

SARMIENTO, DANIEL, «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la UE», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 37, 2011.

— «The Silent Lamb and the Deaf Wolves. Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU Law», en AVBELJ, MATEJ y KOMÁREK, JAN (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, Oxford, 2012.

— «Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU Law. Tribunal Constitucional (Spanish Constitutional court), Judgment 145/2012 of 2 July 2012, Iberdrola v. Comisión Nacional de la Energía», *Common Market Law Review*, núm. 50, vol. 3, 2013.

— «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *Common Market Law Review*, núm. 50, vol. 5, 2013.

— «The EU's constitutional core», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

— «The Luxembourg "Double Look". The Advocate General's Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 23, vol. 1, 2016.

— «Awakenings: the "Identity Control" decision by the German Constitutional Court», *Verfassungsblog*, https://verfassungsblog.de/awakenings-the-identity-control-decision-by-the-german-constitutional-court/, 2016.

— «Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.», *Quaderni Costituzionali*, vol. 1, 2018.

— «Requiem for Judicial Dialogue - The German Federal Constitutional Court's Judgment in the Weiss Case and its European Implications», *EULawLive* blog, 2020.

— *El Derecho de la Unión Europea*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2020.

SAUER, HEIKO, «Principled Resistance to and Principled Compliance with ECtHR Judgments in Germany», en BREUER, Marten, *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?*, Springer, Berlín, 2019.

SCHABAS, WILLIAM A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

SCHERMERS, HENRY G., «Case Law: Matthews v. United Kingdom of 18 february 1999», *Common Market Law Review*, núm. 36, vol. 3, 1999.

SCHILLING, THEODOR, «The Autonomy of the Community Legal Order - An Analysis of Possible Foundations», *Harvard International Law Journal*, núm. 37, 1996.

— «Language Rights in the European Union», *German Law Journal*, núm. 9, vol. 10, 2008.

SCHMID, CHRISTOPH, «From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law», *EUI Working Papers*, LAW 98/7, 1998.

— «All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's "Banana Decision"», *European Law Journal*, núm. 7, vol. 1, 2001.

SCHUTTER, OLIVIER DE, «La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne, et la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de droit européen*, núm. 36, vol. 1-2, 2000.

SCHÜTZE, ROBERT, «Three "Bills of Rights" for the European Union», *Yearbook of European Law*, núm. 30, vol. 1, 2011.

SCIARRA, SILVANA y NICASTRO, GIUSEPPE, «A New Conversation: Preliminary References from the Italian Constitutional Court», *Maastricht Journal of European Law*, núm. 23, vol. 1, 2016.

SEGURA SERRANO, ANTONIO, «La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, 2005.

SHARPSTON, ELEANOR, «The Changing Role of the Advocate General», en ARNULL, ANTHONY, EECKHOUT, PIET y TRIDIMAS, TAKIS, *Continuity and change in EU law: essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

SIMON, DENYS, «Article F. Commentaire», en CONSTANTINESCO, VLAD, KOVAR, ROBERT y SIMON, DENYS (eds.), Traité sur l'Union Européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article, Economica, París, 1995.

— «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union Européenne», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011.

SKOURIS, VASSILIS, «The Court of Justice of the European Union: A Judiciary in a Constant State of Transformations», en CARDONNEL, PASCAL, ROSAS, ALLAN y WAHL, NILS (eds.), *Constitutionalising The EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart, Oxford, 2012.

SLAUGHTER, ANNE-MARIE, «A Tipology of Transjudicial Communication», *University of Richmond Law Review*, núm. 29, vol. 1, 1994.

— «The Real New Order», *Foreign Affairs*, núm. 76, 1997.

SLAUGHTER, ANNE-MARIE, STONE SWEET, ALEC y WEILER, JOSEPH H.H., *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998.

SOBRINO HEREDIA, JOSÉ M., «Preámbulo», en MANGAS MARTÍN, ARACELI (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

SPIEKER, LUKE D., «Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts», *Common Market Law Review*, núm. 57, vol. 2, 2020.

SPIELMANN, DEAN, «Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiariety of European Review?», *Cambridge European Yearbook of European Legal Studies*, 2012.

STEINBEIS, MAX, «Europarechtsbruchals Verfassungspflicht: Karlsruhe zündet die Identitätskontrollbombe», *Verfassungsblog*, http://verfassungsblog.de/europarechtsbruch-als-verfassungspflicht-karlsruhe-zuendet-die-identitatskontrolle-bombe/, 2016.

STOFFEL VALLOTTON, NICOLE, «Tribunal de Justicia», en OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.), *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

STONE SWEET, ALEC, «Constitutional Dialogues in the European Community», en SLAUGHTER, ANNE-MARIE, STONE SWEET, ALEC y WEILER, JOSEPH H.H. (eds.), *The European Court and*

National Courts, Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context, Hart, Oxford, 1998.

STONE SWEET, ALEC y MATHEWS, JUD, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47, 2008.

SWEENEY, JAMES A., «A "Margin of Appreciation" in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 34, vol. 1, 2007.

SZYMCZAK, DAVID, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, *L'identité constitutionnelle saisie per les juges en Europe*, Pedone, 2011.

TEGA, DILETTA, «L'attualità della teoria dei controlimiti dopo il Tratato che istituisce una Costituzione per l'Europa», en CARMONA CONTRERAS, ANA M. (ed.), La Unión Europea en perspectiva constitucional, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

— «Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue», en BERNARDI, ALESSANDRO y CUPELLI, CRISTIANO (dirs.), Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, Jovene, Nápoles, 2017.

TERUEL LOZANO, GERMAN M., «Identidad personal y reconocimiento del "nombre" en el espacio europeo: hacia la construcción de un estatuto personal como ciudadanos europeos», en CARMONA CONTRERAS, ANA M. (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

THYM, DANIEL, «In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court», *Common Market Law Review*, núm. 46, vol. 6, 2009.

TIZZANO, ANTONIO, «La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo…», *Il Foro Italiano*, 1984.

TOGGENBURG, GABRIEL N., «"Unity in Diversity": Searching for the Regional Dimension in the Context of a Somewhat Foggy Constitutional Credo», en TONIATTI, ROBERTO, PALERMO, FRANCESO y DANI, MARCO (eds.), *An Ever More Complex Union - the regional variable as missing link in the European Constitution*, Nomos, Michigan, 2004.

TONIATTI, ROBERTO, «Soveregnty Lost, Constitutional Identity Regained», en SAIZ ARNÁIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

TONIATTI, ROBERTO, PALERMO, FRANCESO y DANI, MARCO (eds.), *An Ever More Complex Union - the regional variable as missing link in the European Constitution*, Nomos, Michigan, 2004.

TORRES PÉREZ, AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

— «En defensa del pluralismo constitucional», en UGARTEMENDIA ECEIZABERRENA, JUAN I. y JÁUREGUI BERERCIARTU, GURUTZ (eds.), *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

— «Constitutional Identity and Fundamental Rights: the Intersection Between Article 4(2) TEU and Article 53 Charter», en SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

— «Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *European Constitutional Law Review*, núm. 10, vol. 2, 2014.

TRIBE, LAURENCE, «A Constitution We Are Amending in Defense of a Restrained Judicial Role», *Harvard Law Review*, 1997.

TRIDIMAS, TAKIS, *The General Principles of EU Law*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2007.

— «Primacy, Fundamental Rights and the Search for Legitimacy», en POIARES MADURO, MIGUEL y AZOULAI, LOÏC (eds.), *The Past and Future of EU Law*, Hart, Oxford, 2010.

— «Constitutional review of member state action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 9, vóls. 3-4, 2011.

TROPER, MICHEL, «Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France», en SAJÓ, ANDRAS y UITZ, RENATA, *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010.

TRUBECK, DAVID, COTTRELL, PATRICK y NANCE, MARK, «Soft law, Hard law and EU Integration», en BÚRCA, GRÁINNE DE y SCOTT, JOANNE (eds.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

TRYBUS, MARTIN, «Sister in Arms: EU Law and Sex Equality in the Armed Forces», *European Law Journal*, núm. 9, vol. 5, 2003.

TULIS, JEFFREY, «Review of Bruce Akerman, We the People: Foundations», *The Review of Politics*, núm. 55, 1993.

TULKENS, FRANÇOISE, «Brèves réflexions sur le juge national», *La conscience des droits. Mélanges en honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, París, 2011.

TUSHNET, MARK, «The Possibilities of Comparative Constitutional Law», *The Yale Law Journal*, núm. 108, 1995.

— *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN I., «El control de comunitariedad de las resoluciones jurisdiccionales y el límite de la identidad constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 59, 2016.

UGARTEMENDIA ECEIZBARRENA, JUAN I. y RIPOL CARULLA, SANTIAGO, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales. Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñate 2017.

URREA CORRES, MARIOLA, «La autonomía fiscal del País Vasco a examen por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: comentario a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008, UGT La Rioja y otros c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya y otros», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 17, 2008.

— «Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 39, 2008.

VAN DANWITZ, THOMAS y PARASCHAS, KATHERINA, «A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the Charter of Fundamental Rights», *Fordham International Law Journal*, núm. 35, vol. 5, 2012.

VAN DE HEYNING, CATHERINE, «No Place Like Home - Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights», en POPELIER, PATRICIA, VAN DE HEYNING, CATHERINE y VAN NUFFEL, PIET (eds.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Intersentia, Cambridge, 2011.

— «The European Perspective: From Lingua Franca to A Common Language», en CLAES, MONICA, VISSER, MAARTJE DE, POPELIER, PATRICIA y VAN DE HEYNING, CATHERINE (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actor, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012.

VAN DER SCHYFF, GERHARD, «The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4 (2) TEU», *European Law Review*, núm. 37, 2012.

VAN EIJKEN, HANNEKE, «Case C-391/09, *Malgožata Runevic̆-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miestos savivaldybes administracija* and Others», *Common Market Law Review*, núm. 49, vol. 2, 2012.

VECCHIO, FAUSTO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giapichelli, Turín, 2012.

VERGOTTINI, GIUSEPPE DE, *Más allá del diálogo entre Tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010.

VERHOEVEN, MAARTJE, *The Costanzo Obligation. The Obligations of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law*, Intersentia, Cambridge, 2011.

VIALA, ALEXANDRE, «Le concept d'identité constitutionnelle: Approche théorique», en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011.

VISSER, MAARTJE DE, *Constitutional Review in Europe. A comparative analysis*, Hart, Oxford, 2015.

VITÓRINO, ANTONIO, «The Charter of Fundamental Rights as a foundation for the Area of Freedom, Security and Justice», *Exeter Paper in European Law*, núm. 4, 2001.

— «Introduction», en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2013.

VOGUENAUER, STEFAN y WEATHERILL, STEPHEN (eds.), *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, Hart, Oxford, 2017.

VON BOGDANDY, ARMIN, «The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, vóls. 2-3, 2005.

— «Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de *lege lata* y *lege ferenda*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, 2005.

— «Constitutional Principles», en VON BOGDANDY y BAST, JÜRGEN, *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2006.

— «The European Union as a Situation, Executive and Promoter of the International Law of Cultural Diversity - Elements of Beautiful Friendship», *European Journal of International Law*, núm. 19, vol. 2, 2008.

— «Neither an International Organization nor A Nation State: The EU as a Supranational Federation», en JONES, ERIK, MENON, ANAND y WEATHERILL, STEPHEN (eds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

VON BOGDANDY, ARMIN y SCHILL, STEPHAN, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, núm. 48, vol. 5, 2011.

VOSSKUHLE, ANDREAS, «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassugsgerichtverbund», *European Constitutional Law Review*, núm. 6, vol. 2, 2010.

— «"La integración europea a través del Derecho". La contribución del Tribunal Constitucional Federal (Alemán)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

WALKER, NEIL, «Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe», en BÚRCA, GRÁINNE DE y SCOTT, JOANNE (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000.

— «Late Sovereignty in the European Union», en WALKER, Neil (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, 2006.

— «The Idea of Constitutional Pluralism», *The Modern Law Review*, núm. 65, 2012.

— «Constitutionalism and Pluralism in Global Context», en AVBELJ, MATEJ y KOMÁREK, JAN (eds.), *Constitutional Pluralism in the EU and Beyond*, Hart, Oxford, 2012.

WARD, ANGELA, «Article 51», en PEERS, STEEVE HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of fundamental right: a commentary*, Hart, Oxford, 2014.

WEATHERILL, STEPHEN, *Law and Integration in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

WEILER, JOSEPH H.H., «The Community System: The Dual Character of Supranationalism», *Yearbook of European Law*, núm. 1, vol. 1, 1981.

— «Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities», *Washington Law Review*, núm. 61, 1986.

— «The Transformation of Europe», *Common Market Law Review*, núm. 26, 1989.

— «Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision», *European Law Journal*, núm. 1, vol. 3, 1995.

— *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

— «Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?», *European Law Journa*l, núm. 6, 2000.

— «The Principle of Constitutional Tolerance», en SNYDER, FRANCIS G. (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effecls of European integration*, Hart, Oxford, 2000.

— «Epilogue: The Judicial Après Nice», en BÚRCA, GRÁINNE DE, y WEILER, JOSEPH, H.H. (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

— «A Constitution for Europe? Some Hard Choices», *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, vol. 4, 2002.

— «On the power of the Word: Europe's constitutional iconography», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, vol. 2-3, 2005.

— «Prologue: global and pluralist constitutionalism - some doubts», en BÚRCA, GRÁINNE DE y WEILER, JOSEPH H.H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

WEILER, JOSEPH H.H. y HALTERN, ULRICH, «European Democracy and Its Critique», *West European Politics*, núm. 18, vol. 3, 1995.

WEILER, JOSEPH H.H. y HALTERN, ULRICH, «The Autonomy of the Community Legal Order Through the Looking Glass», *Harvard International Law Journal*, núm. 37, vol. 2, 1996.

WENDEL, MATTIAS, «Lisbon before the Courts», *European Constitutional Law Review*, núm. 7, vol. 1, 2011.

— «Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference», *European Constitutional Law Review*, núm. 10, vol. 2, 2014.

WIENER, ANTJE, LANG, ANTHONY F., TULLY, JAMES, POIARES MADURO, MIGUEL y KUMM, MATTIAS, «Editorial. Global constitutionalism: human rights, democracy and the rule of law», *Global Constitutionalism*, núm. 1, vol. 1, 2012.

WITTE, BRUNO DE, «Community Law and National Constitutional Values», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 18, vol. 2, 1991.

— «The Past and Future of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», en ALSTON, PAUL, BUSTELO, MARA R. y HEENAN, JAMES (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

— «The Role of the ECJ in Human Rights», en ALSTON, PHILIP (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

— «The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe: The Semi-Permanent Treaty Revision Process», en BEAUMONT, PAUL, LYONS, CAROLE y WALKER, NEIL (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, Oxford, 2002.

— «Do not Mention the Word: Sovereignty in Two Europhile Countries: Belgium and the Netherlands», en WALKER, NEIL (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003.

— «International Law as a Tool for European Union Law», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, vol. 2, 2009.

— «Article 53», en PEERS, STEEVE HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF y WARD, ANGELA (eds.), *The EU Charter of fundamental right: a commentary*, Hart, Oxford, 2014.

— «Cultural Policy Justifications», en KOUTRAKOS, PANOS, NIC SHUIBNE, NIAMH y SYRPIS, PHIL, *Exceptions from EU Free Movement Law*, Hart, Oxford, 2016.

WITTE, FLORIS DE, «Sex, Drugs and EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law», *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013.

WOUTERS, JAN, «National Constitutions and the European Union», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 27, vol. 1, 2000.

XIOL RÍOS, JUAN A., «El diálogo entre Tribunales», *Revista del Poder Judicial*, núm. 90, 2011.

YOUNG, ALISON L., «Deference, Dialogue, and the Search for Legitimacy», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 30, vol. 4, 2010.

ZILLER, JACQUES, *L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, París, 2003.

— «I concetti costituzionali nella nuova Costituzione per l'Europa», *Quaderni costituzionali*, vol. 1, 2005.

— «Le droit française de la langue, entre les mythes d'une tradition interventionniste et la réalité de nouvelles angoisses», *EUI Working Papers*, LAW 2006/10, 2006.

— «Le fabuleux destin des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», en AA.VV., *Chemins d'Europe: Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010.

ZOETHOUT, CARLA, «On the Different Meanings of "Judicial Dialogue"», *European Constitutional Law Review*, núm. 10, vol. 1, 2014.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

I. Tribunales supranacionales e internacionales

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A. Tribunal de Justicia

STJCE de 29 de noviembre de 1956, Fédération Charbonnière de Belgique, 8/55.
STJCE de 12 de julio de 1957, Algera c. Asamblea de la CECA, 7/56 y 3/57 a 7/57.
STJCE de 4 de febrero de 1959, Stork, 1/58.
STJCE de 13 de julio de 1962, Mannesmann, 19/61.
STJCE de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, 26/62.
STJCE de 15 de julio de 1964, Costa c. ENEL, 6/64.
STJCE de 30 de junio de 1966, Vaasen-Göbbles, 61/65.
STJCE de 12 de noviembre de 1969, Stauder, 29/69.
STJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70.
STJUE de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, C-166/73.
STJCE de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73.
STJCE de 4 de abril de 1974, Comisión c. Francia, 167/73.
STJCE de 14 de mayo de 1974, Nold, 4/73.
STJCE de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74.
STJCE de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz, 33/76.
STJCE de 16 de diciembre de 1976, Comet, C-45/76.
STJCE de 3 de febrero de 1977, Benedetti, 52/76.
STJCE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77.
STJCE de 11 de abril de 1978, Comisión c. República italiana, 100/77.
STJCE de 22 de noviembre de 1978, Mattheus, 93/78.
STJCE de 13 de diciembre de 1979, Hauer, 44/79.
STJCE de 6 de mayo de 1980, Comisión c. Reino de Bélgica, 102/79.
STJCE de 17 de diciembre de 1980, Comisión c. Bélgica, 149/79.
STJCE de 5 de marzo de 1986, Wünsche, 69/85.
STJCE de 23 de abril de 1986, Los Verdes c. Parlamento, 294/83.
STJCE de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84.
STJCE de 3 de junio de 1986, Comisión c. Francia, 307/84.
STJCE de 26 de febrero de 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Comisión de las Comunidades Europeas, 15/85.
STJCE de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost, 314/85.
STJCE de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, C-103/88.
STJCE de 13 de julio de 1989, Wachauf, 5/88.
STJCE de 21 de septiembre de 1989, Höechst, asuntos acumulados 46/87 y 227/88.
STJCE de 28 de noviembre de 1989, Groener, 379/87.
STJCE de 13 de noviembre de 1990, Fedesa, C-331/88.
STJCE de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89.
STJCE de 27 de junio de 1991, Mecanarte, C-348/89.
STJCE de 4 de octubre de 1991, Grogan, C-159/90.
STJCE de 19 de noviembre de 1991, Francovich, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.
STJCE de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo, asuntos acumulados C-320/90 a C-322/90.
STJCE de 30 de marzo de 1993, Konstantinidis, C-168/91.
STJCE de 24 de marzo de 1994, Schindler, C-275/92.
STJCE de 17 de octubre de 1995, Leifer, C-83/94.
STJCE de 22 de noviembre de 1995, Ioannis Vougioukas c. IKA, C-443/93.
STJCE de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93.
STJCE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

STJCE de 2 de julio de 1996, Comisión c. Luxemburgo, C-473/93.
STJCE de 19 de marzo de 1998, Compassion in World Farming, C-1/96.
STJCE de 22 de octubre de 1998, Ministero delle Finanze c. IN.CO.GE.'90 Srl, asuntos acumulados 10/97 a 22/97.
STJCE de 11 de mayo de 1999, Monsees, C-350/97.
STJCE de 15 de junio de 1999, Heinonen, C-394/97.
STJCE de 21 de septiembre de 1999, Läara, C-124/97.
STJCE de 11 de enero de 2000, Tanja Kreil, C-285/98.
STJCE de 13 de abril de 2000, Karlsson, C-292/97.
STJCE de 14 de diciembre de 2000, Fazenda Pública, C-446/98.
STJCE de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00.
STJCE de 9 de septiembre de 2003, Kik/OAMI, C-361/01 P.
STJCE de 2 de octubre de 2003, Garcia Avello, C-148/02.
STJCE de 13 de enero de 2004, Kuhne & Heitz, C-453/00.
STJCE de 4 de marzo de 2004, Alemania c. Comisión, C-344/01.
STJCE de 1 de abril de 2004, Borgmann, C-1/02.
STJCE de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02.
STJCE de 15 de marzo de 2005, España c. Eurojust, C-160/03.
STJCE de 15 de septiembre de 2005, Intermodal Transports, C-495/03.
STJCE de 6 de diciembre de 2005, Gaston Schul Douane-expediteur, C-461/03.
STJCE de 10 de noviembre de 2005, Kapferer, C-234/04.
STJCE de 15 de diciembre de 2005, Italia c. Comisión, C-66/02.
STJCE de 27 de junio de 2006, Parlamento c. Consejo, C-540/03.
STJCE de 18 de julio de 2006, De Cuyper, C-406/04.
STJCE de 30 de mayo de 2006, Comisión c. Irlanda, C-459/03.
STJCE de 6 de septiembre de 2006, Azores, C-88/03.
STJCE de 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso, C-81/05.
STJCE de 12 de septiembre de 2006, España c. Reino Unido, C-145/04.
STJCE de 18 de julio de 2007, Lucchini, C-119/05.
STJCE de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz, C-76/05.
STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, C-438/05.
STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05.
STJCE de 14 de febrero de 2008, Dynamic Meridien, C-244/06.
STJCE de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, C-212/06.
STJCE de 14 de febrero de 2008, Dynamic Medien Vertriebs, C-244/06.
STJCE de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.
STJCE de 14 de octubre de 2008, Grunkin y Paul, C-353/06.
STJCE de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07.
STJCE de 16 de diciembre de 2008, Cartesio, C-210/06.
STJCE de 5 de marzo de 2009, UTECA, C-222/07.
STJCE de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08.
STJUE de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci, C-555/07.
STJUE de 16 de marzo de 2010, Olympique Lyonnais, C-325/08.
STJUE de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10.
STJUE de 8 de septiembre de 2010, Carmen Media Group, C-46/08.
STJUE de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06.
STJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09.
STJUE de 5 de octubre de 2010, McB, C-400/10 PPU.
STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09.
STJUE de 22 de diciembre de 2010, DEB, C-279/09.
STJUE de 24 de abril de 2011, Comisión c. Luxemburgo, C-51/08.
STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09.
STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Bélgica, C-47/08

STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Francia, C-50/08
STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Austria, C-53/08
STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Alemania, C-54/08.
STJUE de 24 de mayo de 2011, Comisión c. Grecia, C-61/08.
STJUE de 22 de junio de 2011, Landtovà, C-399/09.
STJUE de 21 de julio de 2011, Kelly, C-104/10.
STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10.
STJUE de 15 de septiembre de 2011, Magatte Gueye, asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10.
STJUE de 15 de noviembre de 2011, Dereci, C-256/11.
STJUE de 1 de diciembre de 2011, Hungría c. Comisión, C-253/09.
STJUE de 21 de diciembre de 2011, N.S., asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10.
STJUE de 28 de febrero de 2012, Inter-Environment Wallonie, C-41/11.
STJUE de 1 de marzo de 2012, O'Brien, C-393/10.
STJUE de 16 de octubre de 2012, Hungría c. Eslovaquia, C-364/10.
STJUE de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11.
STJUE de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12.
STJUE de 15 de enero de 2013, Križan, C-416/10.
STJUE de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10.
STJUE de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11.
STJUE de 30 de mayo de 2013, Jeremy F. y Premier ministre, C-168/13.
STJUE de 4 de junio de 2013, asunto ZZ, C-300/11.
STJUE de 10 de septiembre de 2013, M.G. y N.R., C-383/13 PPU.
STJUE de 26 de septiembre de 2013, Texdata Software, C-418/11.
STJUE de 12 de junio de 2014, Digibet y Albers, C-156/13.
STJUE de 10 de julio de 2014, Fazenda Pública, C-183/13.
STJUE de 17 de julio de 2014, Torresi, C-58/13.
STJUE de 3 de septiembre de 2014, Comisión c. España, C-127/12.
STJUE de 16 de julio de 2015, Gauweiler, C-62/14.
STJUE de 8 de septiembre de 2015, Taricco I, C-105/14.
STJUE de 5 de abril de 2016, Aranyosi y Căldăraru, C-404/15.
STJUE de 10 de mayo de 2016, Izsák y Dabis c. Comisión, T-529/13.
STJUE de 2 de junio de 2016, Bogendorff, C-438/14.
STJUE de 28 de julio de 2016, Association France Nature Environment, C-379/15.
STJUE de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15.
STJUE de 28 de marzo de 2017, Rosfnet, C-72/15.
STJUE de 5 de diciembre de 2017, Taricco II, C-42/17.
STJUE de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16.
STJUE de 11 de diciembre de 2018, Weiss, C-493/17.
STJUE de 24 de junio de 2019, Popławski, C-573/17.

Dictamen del TJUE de 18 de diciembre de 2013, 2/13.

B. Tribunal de Primera Instancia

STPI de 20 de noviembre de 2008, Italia c. Comisión, T-185/05.

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 22 de febrero de 1994, Burghartz, 16213/90.
STEDH de 25 de noviembre de 1994, Stjerna, 18131/91.
STEDH de 27 de septiembre de 1995, McCANN c. Reino Unido, 18984/91.
STEDH de 18 de febrero de 1999, Matthews c. Reino Unido, 24833/94.
STEDH de 30 de junio de 2005, Bosphorus, 45036/98.

II. Tribunales Constitucionales nacionales y otros órganos de relevancia constitucional

1. Alemania

Tribunal Constitucional Federal de alemán (*Bundesverfassungsgericht*)

STCFA de 29 de mayo de 1974, Solange I, BVerfG 2 BvR 52/71.
STCFA de 22 de octubre de 1986, Solange II, BVerfG 2 BvR 197/83.
STCFA de 12 de octubre de 1993, Maastricht, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92.
STCFA de 7 de junio de 2000, Bananas, 2 BvL 1/97.
STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, 2 BVerfG 2/08.
STCFA de 6 de julio de 2010, Honeywell, 2 BvR 2661/06.
STCFA de 15 de diciembre de 2015, Identity Review Order, 2 BvR 2735/14.
STCFA de 21 de junio de 2016, Gauweiler, 2 BvR 2728/13.
STCFA de 19 de diciembre de 2017, 2 BvR 424/17.
STCFA de 5 de mayo de 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.

2. España

A. Tribunal Constitucional español

STC de 14 de febrero de 1991, 28/1991.
DTC de 1 de julio de 1992, 1/1992.
STC 306/1993 de 25 de octubre de 1993.
STC de 9 de mayo de 1994, 143/1994.
STC de 3 de octubre de 1994, 265/1994.
STC de 19 de abril de 2004, 58/2004.
DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004.
STC de 19 de junio de 2006, 194/2006.
STC de 20 de octubre de 2010, 78/2010.
STC de 2 de junio de 2012, 145/2012.
STC de 13 de febrero de 2014, 26/2014.
STC de 11 de diciembre de 2015, 232/2015.
STC de 26 de marzo de 2019, 37/2019.

B. Consejo de Estado

Dictamen del Consejo de Estado de 20 de junio de 1991, 850/1991.
Dictamen del Consejo de Estado de 9 de abril de 1992, 421/1992.
Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004, 2544/2004.

3. Francia

A. Tribunal Constitucional francés (*Conseil Constitutionel*)

SCC de 19 de junio de 1970, 70-39 DC.
SCC de 9 de abril de 1992, 92-308 DC.

SCC de 31 de diciembre de 1997, 97-394 DC.
SCC de 26 de marzo de 2003, 2003-469 DC.
SCC de 10 de junio de 2004, 2004-496 DC.
SCC de 1 de julio de 2004, 2004-497 DC.
SCC de 29 de julio de 2004, 2004-498 DC.
SCC de 29 de julio de 2004, 2004-499 DC.
SCC de 19 de noviembre de 2004, 2004-505 DC.
SCC de 27 de julio de 2006, 2006-540 DC.
SCC de 30 de noviembre de 2006, 2006-543 DC.
SCC de 20 de diciembre de 2007, 2007-560 DC.
SCC de 19 de junio de 2008, 2008-564 DC.
SCC de 12 de mayo de 2010, 2010-605 DC.

B. Consejo de Estado (*Conseil d'État*)

Sentencia del *Conseil d´État* de Francia de 1 de marzo de 1968, Syndicat Géneral de Fabricants de Semoules de France, núm. 62814.
Sentencia del *Conseil d'État* de 20 de octubre de 1989, Nicolo, núm. 108243.
Sentencia del *Conseil d'État* de 8 de febrero de 2007, Arcelor, núm. 287110.

C. *Cour de cassation*

Sentencia de la *Cour de Cassation* de Francia de 24 de mayo de 1975, Administration Douanes v. Société "Café Jacques Vabre" et Sàrl Weigel et Cie, núm. 73-13556.

4. Italia

A. Tribunal Constitucional italiano (*Corte costituzionale*)

STCI de 24 de febrero de 1964, Costa c. ENEL, 14/1964.
STCI de 18 de diciembre de 1973, Frontini, 183/1973.
STCI de 30 de octubre de 1975, 232/1975, Società Industria Chimiche Italia Centrale.
STCI de 5 de junio de 1984, Granital, 170/1984.
STCI de 19 de abril de 1985, BECA, 113/1985.
STCI de 15-29 de diciembre de 1988, 1146/1988.
STCI de 13-21 de abril de 1989, Fragd, 232/1989.
STCI de 11 de julio de 1989, Provincia di Bolzano, 389/1989.
STCI de 18 de diciembre de 1995, 509/1995.
STCI de 29 de diciembre de 1995, 536/1995.
STCI de 27 de marzo de 2003, 89/2003.
STCI de 7 de agosto de 2003, 275/2003.
STCI de 22 de octubre de 2014, 238/2014.
STCI de 10 de abril de 2018, 115/2018.

B. *Consiglio di Stato*

Sentencia del *Consiglio di Stato* de 8 de agosto de 2005, Federfarma, 4207/2005.

III. Otros Tribunales superiores nacionales

Sentencia de la *Cour de Cassation* de Bélgica de 27 de mayo de 1971, Fromagerie Franco Suisse Le Ski c. Estado belga.
STC de Austria de 27 de noviembre de 2003, B 557/03.
STC de Polonia de 11 de mayo de 2005, K18/04.
STC de Lituania de 14 de marzo de 2006, asuntos acumulados 17/02, 24/02, 06/03 y 22/04.
STC de la República Checa de 26 de noviembre de 2008, Lisboa I, Pl. ÚS 19/08.
STC de la República Checa de 31 de enero de 2012, Landtová, Pl ÚS 5/12.
STC de Portugal de 15 de agosto de 2014, 575/2014.
STC de Bélgica de 28 abril de 2016, 62/2016, B.8.7.
STC de Hungría de 30 de noviembre de 2016, AB, 22/2016.
STS de Dinamarca de 6 de diciembre de 2016, Ajos, 15/2014.