

DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIOS ESTRUCTURALES Y RESPETO POR LA IDENTIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Francisco RUBIO LLORENTE*

Resumen

El presente trabajo hace un breve análisis del significado que las categorías mencionadas en el título tienen en el Tratado de Lisboa y concluye con una reflexión moderadamente crítica sobre las consecuencias que la garantía judicial de la identidad nacional de los Estados miembros tiene para el proceso de integración.

Abstract

This paper offer an summary analysis of the meaning of these categories in the Lisbon Treaty, followed by a moderately critical reflection on the consequences that the judicial guaranty of the national identity might have for the European integration process.

Palabras Clave

Principios estructurales y valores de la UE. Identidad nacional. Derechos fundamentales. Soberanía. Control judicial.

Key Words

Structural principles and values of the UE. National identity. Fundamental rights. Sovereignty. Judicial review.

* Catedrático emérito de Derecho Constitucional.

SUMARIO: I. Objeto y plan de la exposición. II. Los Principios estructurales. III. Los Derechos Fundamentales. IV. La identidad nacional de los Estados miembros. V. La garantía judicial de la identidad y sus consecuencias para la integración.

I. OBJETO Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

CUANDO acepto el encargo de una conferencia, me esfuerzo por ceñirme al tema que se me ha propuesto, aunque no me guste, o en ese momento no me interese. También en este caso he intentado hacerlo, pero no sé si lo he conseguido, ya que las dos últimas expresiones utilizadas para enunciarlo pueden ser entendidas de maneras distintas y la primera, la de Derechos Fundamentales, compleja desde la perspectiva de los ordenamientos estatales, tiene en el ordenamiento de la Unión una complejidad aún mayor.

Comenzaré en consecuencia por precisar el significado que atribuyo a estas expresiones. O más exactamente, cuál es el contenido que las categorías designadas por estas expresiones tienen en el derecho de la Unión Europea. A ello dedicaré la primera y más extensa parte de mi exposición de manera que el objeto de esta conferencia queda reducido en buena parte al esfuerzo por definir el tema propuesto. En la segunda parte, más breve, intentaré exponer los obstáculos que, en la interpretación jurisprudencial que de ellas se ha hecho, crean estas categorías para el proceso de integración europea, a cuyo desarrollo imponen un sesgo que pospone las consideraciones sociales a las económicas.

El primer paso a dar en esta tarea de depuración conceptual es naturalmente el de verificar el uso que de estas expresiones se hace en el Derecho de la Unión. En este caso una tarea penosa, pues obliga a sumergirse en la lectura de uno de los textos más indigestos del acervo jurídico universal, el de los dos primeros Títulos del Tratado de la UE en su versión actual, la de Lisboa. Un modelo, a mi juicio de oscuridad conceptual y pedantería burocrática, rayana en lo grotesco. Buen ejemplo de ello lo ofrece el párrafo inicial del artículo Segundo, en donde tras proclamar el respeto de la Unión por los Derechos Humanos, los autores se han sentido obligados a añadir: «incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías»⁽¹⁾.

II. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES

El objetivo final del proceso de integración europea puesto en marcha en 1957 no consiste, como se sabe, en llevar a cabo la creación de una estructura con cuya

(1) He de advertir que mi exposición no es producto de una investigación original ni tiene por tanto pretensión alguna de originalidad. He aprovechado el trabajo de otros muchos estudiosos, entre los que debo destacar la ayuda que he recibido de Agustín J. Menéndez, quien además de darme a conocer sus trabajos aun antes de su publicación, me ha orientado en la consulta de bibliografía.

construcción ha de concluir, sino por el contrario en una aproximación asintótica a una meta inalcanzable. La fórmula utilizada desde el comienzo para describirlo (lograr una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa) entraña en efecto un límite implícito, pues la unión cada vez más estrecha entre los pueblos sólo es posible si estos siguen existiendo como tales, no si desaparecen sin dejar rastro, fundidos en un pueblo europeo único. En el Tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea, este gran proyecto político no trasciende jamás del terreno de la economía y su progreso queda confiado al avance gradual que de modo automático se produce en un proceso evolutivo en el que la satisfacción de cada necesidad da lugar a necesidades nuevas.

El Tratado fundacional de la CEE, mucho más sobrio que los que lo han seguido se limitó a enunciar el fin de la integración, desglosarlo en objetivos concretos (las famosas cuatro libertades), atribuir y delimitar competencias y establecer el sistema institucional y los procedimientos a seguir para ejercerlas. Los padres fundadores no sintieron la necesidad de proclamar principios ni dogmáticos ni orgánicos. Fue el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que, paulatinamente, caso a caso, fue «descubriendo» estos principios.

Al acentuarse el ámbito y la intensidad de la integración, con el paso de la CEE a la UE, se consideró indispensable acompañar este seco enfoque «funcionalista» con un enunciado (art. F) en el que la Unión proclama su respeto por los Derechos Fundamentales y la identidad nacional de los Estados miembros, «basados en el principio de legitimidad democrática». Es bien significativo el hecho de que se enumeren principios (el respeto a los derechos y a la identidad nacional de los Estados) que establecen límites al poder de la Unión (frente a los individuos en un caso y frente a los Estados en el otro), pero no se haga referencia alguna a los que podrían servir como fundamento de legitimidad a ese poder. Este silencio, unido a la referencia explícita que se hace a la legitimidad democrática de los Estados miembros lleva a pensar que la Unión carece de poder propio; que es sólo una estructura que sirve de cauce a la acción común de los Estados.

En el Tratado de Amsterdam, sin embargo, el poder de la Unión parece ya sustantivado, una realidad con fundamento propio. El artículo 6.1 enumera en efecto una serie de «principios» que sirven de fundamento o base a la Unión (2). Es cierto que el propio precepto se cuida de recordar que se trata de principios comunes a todos su miembros, pero no sólo a ellos, de manera que son también principios fundamentales o «estructurales» de la propia Unión.

Una interpretación puramente literal del texto permitiría afirmar que los principios estructurales de la Unión son los allí enumerados. Pero la interpretación literal raramente es suficiente, menos aún cuando se trata de la búsqueda de principios y prácticamente inservible en este caso porque en la última versión del Tratado de la Unión, la de Lisboa, ésta no aparece ya basada en «principios», sino en una larga y heteróclita serie de «valores» (3) cuyo contenido es sin embargo, en la mayor parte de los casos, el mismo que el de los antiguos «principios».

(2) «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el principio del Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

(3) Artículo 2: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos, incluidos los dere-

No he encontrado razón alguna que explique el cambio de categorización de unos mismos contenidos y por eso tampoco creo que entrañe las consecuencias teóricas o prácticas que algunos le han atribuido (4). Más bien parece producto de alguna ocurrencia ocasional o simplemente del afán de innovar, en el que Catón veía la forma más común de la necesidad humana.

En todo caso, el desenfado con el que se asimilan principios y valores autoriza al intérprete a pasar por alto diferencias menores, por ejemplo las que resultan de la presencia o ausencia de adjetivos.. En efecto, además de estos valores que antes fueron principios, pero que igualmente sirven de base o fundamento a la Unión, hay en el Tratado de Lisboa muchos otros principios no adjetivados de forma alguna, y de los que tampoco se predica esa función, pero que manifiestamente sirven también de fundamento. El artículo 5 establece el principio en el que se basa la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados y los dos que han de regir su ejercicio, a cuyo desarrollo consagra el segundo de los treinta y siete Protocolos que acompañan al Tratado. Si a ello se añade que los tres artículos (9.º a 12.º) que integran el Título II son, según reza su rúbrica, «Disposiciones sobre los Principios Democráticos» (5), el elenco inicial se incrementa con un buen número de principios cuyo carácter fundamental parece indudable, pues la Unión sería una realidad bien distinta si tuviera competencia universal, y no un conjunto definido de competencias de atribución, o su funcionamiento se basara en la democracia directa y no en la representativa etc.

Pero pasar por alto la diferencia de sustantivos y la existencia o ausencia de adjetivos implica realmente la sustitución del método nominalista por otro «realista». Construir el concepto de principios estructurales a partir del análisis del conjunto de normas que disciplinan el sistema institucional de la Unión, sus competencias, sus procedimientos de actuación; en definitiva, su ordenamiento. Sean cuales fueran los términos en los que tales principios aparecen enunciados en los Tratados, e incluso si no son enunciados de modo alguno. Así, por ejemplo, los principios de efecto directo y primacía, «descubiertos» por el Tribunal de Justicia y cuyo carácter «fundamental», o «estructural», o más simplemente «constitucional, está fuera de toda duda (6).

chos 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».

(4) Armin VON BOGDANDY lamenta que los «principios» haya sido sustituidos por «valores», que a diferencia de aquéllos «parecen remitir a convicciones éticas de los ciudadanos de la Unión» (*vid.*, «Los principios fundamentales de la Unión Europea», en *Hacia un nuevo Derecho Público*, UNAM, Méjico, 2012, p. 144). Dado el carácter necesariamente abierto y abstracto de los preceptos que los enuncian, el contenido eficaz de los principios implica también sin embargo una remisión a las convicciones éticas de quienes han de aplicarlos. Desde otra perspectiva, y con referencia a nuestra Constitución, he intentado hacer una distinción entre principios y valores basada más en la eficacia normativa que en la conexión entre ética y derecho. *Derechos Fundamentales y Principios constitucionales*, Ariel Derecho, Barcelona, 1995, pp. VIII-XII.

(5) Como el artículo 2 consagra el «valor» democracia, pero no principio democrático alguno, hay que entender que son estas disposiciones las que enuncian tales principios.

(6) El silencio de los Tratados sobre estos principios, tal vez los más rotundamente fundamentales, arroja paradójicamente mucha luz sobre la titubeante teoría política de la integración. Una de las audacias notorias del Tratado Constitucional fue la explicitación (art. 7.º) del principio de primacía, al que por el contrario no se hace referencia alguna en el Tratado de Lisboa. Pero como sin primacía no sería posible el funcionamiento de la Unión y el temor al ridículo no ha frenado nunca a quienes nego-

No es propósito de este trabajo llevar a cabo la ardua tarea de establecer el extenso elenco de estos principios, que a efectos del presente trabajo podemos considerar divididos, en paralelismo con las viejas doctrinas sobre las dos partes de la Constitución en dogmáticos y orgánicos; los que sirven para fundamentar y orientar la acción de la Unión y los que determinan su sistema institucional y procedimental (7).

Sí es necesario, antes de concluir este Apartado, hacer alguna precisión sobre la relación entre principios estructurales, los fines de la Unión y las otras dos categorías que aparecen en la descripción del tema.

La enumeración de los fines de la Unión (art. 3.º del Tratado) es obra hecha con algún apresuramiento que lleva a reiteraciones inexplicables (8). La distinción entre tales fines y los principios de la Unión resulta además un tanto borrosa porque en más de un caso el fin consiste precisamente en la realización de uno de los principios (9). Pero en todo caso, lo que aquí hay que subrayar es que, al margen de estas coincidencias de los enunciados, los fines son también principios, o al menos desempeñan una función idéntica a la de estos. Como la Unión carece de competencia universal y sólo de un conjunto más o menos elástico de competencias atribuidas para la consecución de sus fines, estos condicionan la estructura y el funcionamiento de la Unión, tanto en su relación con los ciudadanos, como en su relación con los Estados miembros.

Por último, apenas parece necesario precisar que a partir de la concepción genérica de los principios estructurales que poco más arriba he expuesto, ni los Derechos fundamentales ni las Identidades nacionales son categorías de distinto género, sino simplemente especies distintas de ese género común.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la doctrina jurídica española, los Derechos Fundamentales constituyen una categoría definida por rasgos formales. Son derechos que nacen directamente de la Constitución y que aunque pueden ser «desarrollados» mediante ley orgánica y ver su ejercicio regulado mediante ley ordinaria, no requieren ni de lo uno ni de lo otro para que sus titulares soliciten la tutela judicial, eventualmente frente al propio legislador, obligado en todo caso a respetar su contenido esencial. Esta formalización de la categoría, que es común en Europa, desvincula la noción de derecho fundamental de cualquier contenido concreto y permite en consecuencia también

cian estos textos, ahora se reconoce su existencia en una Declaración (la Decimoséptima) anexa al Tratado, que para extremar lo extravagante de la solución, la apoya además en un Informe de los Servicios Jurídicos del Consejo.

(7) En la obra citada *supra*, que he utilizado en una traducción perpetrada en Méjico (Dios perdone a sus autores), Armin v. Bogdandy los clasifica en dos grandes grupos, según se refieran a la relación entre la Unión y los Estados miembros, o a la relación entre aquella y los ciudadanos. La construcción es brillante, pero algo forzada. Así por ejemplo, los principios de efecto directo y supremacía son presentados como especificaciones del principio del Estado de Derecho.

(8) Así por ejemplo los derechos del niño, mencionados sucesivamente en los apartados tercero y quinto

(9) Así, por ejemplo, la igualdad entre hombres y mujeres.

convertir en derecho fundamental cualquier contenido; así, por ejemplo, en la Constitución Española, el derecho de fundación. Pese a ello, subsiste una conexión necesaria entre estos derechos fundamentales puramente formales y los «derechos humanos», definidos por su contenido. De acuerdo con el concepto de Constitución que desde García Pelayo solemos llamar en España racional-normativo, la garantía de los derechos humanos es un elemento necesario de la Constitución, de manera que aunque haya derechos fundamentales que no protegen ningún derecho «humano», todos los de este género han de ser protegidos como derechos fundamentales. Esta conexión necesaria se refleja por ejemplo en el artículo 10.2 de nuestra Constitución.

La caracterización puramente formal de los Derechos Fundamentales requiere una estructura ordinal rígida jerarquizada que no existe en la Unión Europea. La ausencia de alusión alguna a estos derechos en los Tratados fundacionales no se explica sin embargo sólo por la imposibilidad de acoger esta concepción puramente formal, sino también y sobre todo por la creencia de que era superfluo introducir en el derecho de las Comunidades normas que, fuese cual fuese su forma, consagraban derechos que podía ser considerados materialmente fundamentales por coincidir su contenido con el de los «derechos humanos». Ni era función de las Comunidades prestar una garantía internacional a la obligación que sus propias Constituciones imponían a los Estados miembros en relación con los derechos Fundamentales, ni existía el riesgo de que las propias Comunidades, limitadas inicialmente a una política de integración puramente negativa los infringiesen directamente. Es por eso sólo cuando, con la realización de la política agrícola común, la Comunidad Económica inicia una política de integración positiva, se percibe la necesidad de sujetar también su actuación a los Derechos Fundamentales. En ausencia de una Declaración de Derechos, la consagración de estos quedó en manos del Tribunal Europeo de Justicia, que los hizo derivar de las «tradiciones constitucionales comunes» de los estados miembros (10).

La «creación» pretoriana de los Derechos Fundamentales ha dado lugar a una estructura jurídica singular, una «constitución sintética» en la que se combinan los actos «constituyentes» propios de constitucionalismo revolucionario con la evolución propia del constitucionalismo histórico (11). El protagonismo que así asumió el Tribunal de Justicia en el proceso de integración ha contribuido a judicializar tanto el ordenamiento jurídico europeo como los ordenamientos nacionales en términos que desbordan el marco de tradicional de la teoría de la Constitución (12), y no ha desaparecido con la incorporación de los Derechos al texto de los Tratados.

Esta incorporación se plasma en el artículo F del Tratado de Maastricht, reproducido sin cambios en las sucesivas versiones anteriores al Tratado de Lisboa, con una redacción que resume la doctrina jurisprudencial y pone de relieve sus debilidades (13). La precisión de que la Unión respeta los derechos fundamentales «como

(10) El núcleo de esta creación jurisprudencial queda ya establecido en las dos grandes sentencias iniciales; *Stauder* (1969) e *Internationale Handelsgesellschaft* (1970).

(11) *Vid.* FOSSUM, J. E., y MENÉNDEZ, A. J., *The constitution's gift Rowman*, Littlefield, eds., 2010.

(12) Piénsese por ejemplo en la naturalidad con la que se habla, al menos desde Solange II, del «diálogo de los jueces» como una forma de creación pretoriana del derecho.

(13) F.2: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos... y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario».

principios generales del derecho europeo» probablemente superflua, es sin duda oscura, y la referencia al Convenio Europeo de los Derechos Humanos con los mismos términos que el Tribunal de Justicia de la CE había empleado en la sentencia Nold patentiza lo equívoco de la situación. La «recepción» del Convenio sin adherirse a él obliga sin duda al TJUE, pero no hace posible el recurso ante el TEDH frente a los actos de la Unión, de manera que en lo que a esta respecta este no ostenta ya el monopolio de la interpretación en última instancia.

La conciencia de estas debilidades, pero sobre todo el deseo de dotar a la Unión de un sistema de protección de los Derechos que satisficiera las exigencias de algunos Estados (especialmente Alemania) y reforzase la constitucionalidad del derecho primario llevaron a acometer la redacción de una Carta Europea de los Derechos Fundamentales, cuya incorporación al derecho primario de la Unión, que el Consejo de Niza pospuso, se ha producido sólo con el Tratado de Lisboa, merced a un precepto de atormentada redacción (14).

Hace ya algunos años expuse mis dudas sobre la utilidad de la Carta para lograr su propósito, que no es el de crear derechos nuevos, sino sistematizar la exposición de los ya existentes con el fin de reforzar su protección (15). A estas dudas, no del todo despejadas, se suma ahora la sospecha de que, al elevar al rango de Derechos Fundamentales las libertades económicas (16), la Carta ha coadyuvado a impulsar el sesgo ultraliberal del constitucionalismo europeo (17).

IV. LA IDENTIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

El deber de la Unión de respetar la identidad nacional de los Estados miembros, proclamado ya en el Tratado de Maastricht (art. F) y con los mismos términos en los de Amsterdam y Niza (art. 6.3), se enuncia en el de Lisboa (art. 4.2) con una

(14) En el primero de sus tres apartados, el artículo 16 da a la Carta «el mismo valor que los Tratados» y precisa que su interpretación se hará «teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que hace referencia en la Carta». Las explicaciones referidas en el Preámbulo de la Carta, que son las elaboradas por el *Presidium* de la Convención que la redactó, adquieren así una sorprendente fuerza de interpretación «auténtica». El Apartado segundo anuncia el propósito de la Unión de adherirse a la CEDH, pero naturalmente este propósito no modifica la situación existente, que apenas se ve alterada por él enunciado del artículo 52.3.º El apartado tercero, por último, reproduce la fórmula ya utilizada en las anteriores versiones del Tratado.

(15) «Una Carta de escasa utilidad», en *REDC*, núm. 64 (enero-abril 2002).

(16) Las «Explicaciones» que ofrecen una interpretación auténtica de la Carta establecen una conexión enigmática entre el artículo 15.2.º de ésta y las cuatro libertades de circulación consagradas en el artículo 25 del TFUE, que reduce a tres, dejando fuera la de capitales. Esta exclusión no puede justificarse por la idea de que las libertades consagradas por la Carta son exclusivamente «personales», pues la relación de la persona con el capital es análoga a la que mantiene con las mercancías que produce o comercializa. En todo caso, y sean cuales fueren sus razones, esta exclusión no disminuye el peso que esta libertad tiene para la economía y la política de la Unión.

(17) Sobre el tema, *vid.* MENENDEZ, A. J., «El lugar de los derechos fundamentales en el derecho constitucional de la Unión Europea». En su sentencia sobre el Tratado de Lisboa (123, 2009, números marginales 395 a 399), el Tribunal Constitucional Federal Alemán hizo una briosa defensa del incremento en el contenido social del Derecho Europeo, al tiempo que, para desechar la argumentación de los recurrentes, sostuvo que este giro social no implica reducción alguna en el poder de los Estados miembros para configurar como deseen los derechos sociales en sus propios ordenamientos.

nueva fórmula, procedente del frustrado Tratado Constitucional, que vincula esa identidad con «las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional» (18). En virtud de esta vinculación con el derecho positivo, el enunciado deja de ser expresión de un principio general para transformarse en una norma jurídica plena que ha de ser aplicada al enjuiciar la validez del derecho secundario (19).

Hay que señalar, por último, que el Tratado de Lisboa, además dotar al principio del respeto a la identidad nacional de una mayor densidad normativa, lo enuncia junto con otro, el de la «igualdad de los Estados ante los Tratados» tan estrechamente relacionado con él que su enunciado está rayano en la redundancia (20).

No es fácil discernir qué cosa sea esta «identidad nacional de los Estados miembros», una noción que con referencia a la relación entre derecho nacional y derecho europeo aparece ya en la primera de las grandes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y que por tanto parece tener origen germánico (21).

La expresión «identidad nacional» denota una identidad colectiva, pero esta expresión es en sí misma equívoca: puede designar tanto una dimensión colectiva de la identidad del individuo humano (22), como la identidad de la colectividad integrada por esos individuos, es decir, de la nación. Es evidente que ambas identidades están recíprocamente implicadas; que el individuo no podría sentirse miembro de una nación si no presumiera la existencia de un grupo de esta naturaleza, pero la existencia meramente objetiva de la nación como proyección de estos sentimientos individuales sólo permite hablar de identidad nacional desde fuera de la nación misma, como percepción de un observador ajeno. Para que la noción de identidad pueda ser aplicada a la colectividad con el mismo sentido con que se aplica al individuo, es indispensable que la nación tenga existencia subjetiva además de objetiva, un grado de organización mayor o menor, pero suficiente en todo caso para actuar y/o expresarse como unidad.

La idea de nación tiene siempre, en el individuo como en la colectividad, un contenido cultural, incorpora una serie de representaciones míticas o ideales frecuentemente debatidas y mutables en el tiempo, pero su germen está siempre en el poder ejercido sobre un territorio porque la nación es al menos en su origen, un grupo territorial. En contra de las ideas en las que se suele explicar su existencia y justificar sus pretensiones, la raíz última de estas «naciones sin Estado» no está en las peculiaridades étnicas o culturales. Más bien al revés; por lo general, estas

(18) En la versión española del Tratado (como en la francesa y la inglesa), la «identidad nacional» es «inherente» a esas estructuras; en la versión alemana, por el contrario, «se expresa» a través de ellas. No parece sin embargo que deba atribuirse consecuencia jurídica alguna a las diferencias de matiz en las fórmulas utilizadas para explicar la vinculación.

(19) Sobre el tema *vid.* HILF, M., «Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag», *ZaöRV* 70 (2010), 701-734.

(20) Artículo 6.2 «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 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. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

(21) Solange I (1974)

(22) El mejor estudio que conozco sobre esta doble dimensión de la identidad es el de APPIAH, K. A., *The Ethics of Identity*, Princeton University Press, 2005.

peculiaridades son resultado del hecho de que tienen, o en el pasado han tenido, algún grado de organización política diferenciada. (23)

La intensidad de esta relación esencial entre nación y poder sobre un territorio llega a su máximo con la *traslatio imperii*, con la sustitución de la soberanía del monarca por la del pueblo. De ser un conjunto integrado por los súbditos de un mismo rey, cuya unidad es proyección de la de un poder soberano exterior al grupo mismo, la nación pasa a ser concebida como el único titular legítimo del poder y por tanto su unidad ha de ser inherente al grupo mismo. La idea de soberanía popular descansa sobre una concepción del pueblo como comunidad política que se expresa a través del Estado y por tanto es anterior a él; son realidades distintas de manera que tampoco el pueblo como elemento del Estado se identifica con la nación (24). Paradójicamente, esta misma necesidad de dotar de un fundamento propio (cultural, étnico, etc.) a la nación, inherente a la idea de soberanía nacional, contribuye también a hacer más flexible y compleja la relación entre nación y soberanía, pues como entidad prepolítica, la nación puede proyectarse políticamente no sólo mediante su transformación en Estado, sino también exigiendo del Estado del que forma parte el respeto de su cultura y/o un grado mayor o menor de autonomía política etc. De ahí la distinción frecuente entre nación política y nación cultural, o entre nación y nacionalidad, consagrada en nuestra Constitución y que subyace a la idea de «nación de naciones» etc.

Pero el análisis de esta cuestión queda fuera del presente trabajo, pues la expresión «identidad nacional» no está referida, ni en el Tratado de Lisboa (art. 3.3) ni en los que le precedieron, a los rasgos propios de las distintas culturas nacionales (25). Los identidades que la Unión respeta no son las de las naciones europeas, sino las de los correspondientes Estados nacionales, las inherentes a «las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales» de los Estados mismos. El Tratado de la Unión no utiliza, los términos nación y Estado como sinónimos, como frecuentemente sucede tanto en el lenguaje común, como en la terminología oficial, pero realmente los identifica y a efectos prácticos, el respeto por la identidad nacional de los Estados equivale al respeto por su soberanía.

Para Martin Hilf (26), la noción de «identidad nacional» del Estado tiene un alcance más reducido que la de soberanía y su incorporación al Tratado es tanto una buena muestra del progreso ya conseguido en la integración europea como un instrumento útil para hacerla avanzar. El mismo significado que cree ver en el principio de «igualdad de los Estados ante los Tratados», consagrado en el párrafo ini-

(23) APPIAH, K. A., *op. cit.*, p. 274. Es cierto que, al menos en nuestra lengua, el término nación se utilizó durante mucho tiempo para designar un grupo territorial carente de relevancia política, el de los nacidos en un mismo lugar, pero se trata simplemente de una acepción distinta del mismo vocablo.

(24) Aunque las diferencias que en este punto existe a uno y otro lado del Atlántico no son a mi juicio tan radicales como suele decirse, es cierto que de éste lado, en nuestra Europa, la disociación entre esta comunidad política, que aquí se denomina nación, y el pueblo del Estado es más temprana y más acentuada.

(25) Tampoco, claro está, a las características psicológicas que se consideran típicas de los individuos de cada nación; esos estereotipos que frecuentemente se usan para enaltecer lo propio y denigrar lo ajeno.

(26) *Op. cit.*, p. 709.

cial del mismo Apartado Segundo del artículo 4 que enuncia el de respeto a la identidad y cuyo contenido concreto tampoco es claramente perceptible (27).

Más allá de las palabras, la potencia integradora de estas dos nociones es sin embargo más bien modesta, por decir lo menos. Ese efecto era desde luego el perseguido por quienes pretendieron su inclusión en el Tratado constitucional con una fórmula que especificaba en alguna medida el contenido de la «identidad nacional». Pero fue precisamente el temor a que esta especificación limitase en exceso la «libertad» de los Estados la causa de que esa redacción no pasara al Tratado de Lisboa, en el que el respeto de la identidad nacional funciona más bien como una garantía de esa libertad, como un «contralímite». Establece «a contrario» la amplitud máxima de las limitaciones que la pertenencia a la Unión puede imponer a la libertad de los Estados, es decir, a su soberanía.

V. LA GARANTÍA JUDICIAL DE LA IDENTIDAD Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA INTEGRACIÓN

Mediante la remisión recíproca entre el Tratado de la Unión y las Constituciones nacionales, el principio de respeto a la identidad nacional de los Estados, ofrece una solución elegante en la forma, al problema aparentemente insoluble que plantea la contradicción entre la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia sobre la primacía de las normas europeas sobre las nacionales (incluidas las de rango constitucional) y las afirmaciones que también de manera reiterada han hecho diversos tribunales nacionales de su competencia para enjuiciar la constitucionalidad de las normas europeas y resolver en consecuencia sobre su aplicabilidad en el territorio del Estado.

La elegancia formal encubre sin embargo un acentuado desequilibrio en detrimento de la Unión y a favor de los Estados; o más precisamente, de los Estados más fuertes. Al consagrar el principio de «respeto a la identidad nacional inherente a la estructura política y constitucional del Estado», el Tratado incorpora en efecto las Constituciones nacionales al derecho primario de la Unión, de manera que el Tribunal de Justicia está obligado a tomarlas en cuenta para resolver sobre la validez o invalidez del derecho derivado. Pero esta extensión de las normas de referencia conlleva inevitablemente una considerable reducción de su capacidad como juez supremo del Derecho Europeo, del que han pasado a formar parte normas cuya interpretación en último término corresponde a los tribunales constitucionales (o supremos) de los respectivos Estados. Al mismo tiempo, la «europeización» de la Constitución nacional abre el camino para que los Tribunales Constitucionales

(27) El uso por el Tratado de la fórmula con la que tradicionalmente se consagra en las Constituciones la igualdad formal de los ciudadanos obliga a prescindir de toda diferencia en forma de Estado o de Gobierno, en la regulación de las instituciones o en la formulación de los derechos. El único rasgo formal respecto del que los Estados miembros son formalmente iguales es el de su «estatalidad», esto es, el de su condición de Estados, cuyo criterio distintivo es precisamente la soberanía. Esta igualdad formal no impide que la participación de los Estados en los órganos e instituciones de la Unión esté muy diferenciada, en correspondencia con las desigualdades «materiales» realmente existentes y por supuesto no significa que estas desigualdades materiales no pesen decisivamente en la relación entre los Estados, dentro y fuera de la Unión.

(o Supremos) de los Estados miembros puedan juzgar sobre la validez interna (*rec-tius*, la aplicabilidad) del Derecho Europeo derivado sin rechazar la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la primacía del derecho Europeo.

La articulación entre las soluciones que dos jurisdicciones distintas han de dar a un litigio sobre el que ambas son competentes, es relativamente fácil de lograr cuando el ámbito de conocimiento de ambas está claramente delimitado. La cuestión de constitucionalidad en el orden interno y hasta ahora la cuestión prejudicial en la relación entre derecho europeo y derecho del Estado han cumplido esta función sin demasiados contratiempos. Tras el Tratado de Lisboa, sin embargo, esa técnica, que no siempre será aplicable, sufre una modificación sustancial y puede conducir, si se aplica, a un laberinto inextricable. Como ha dicho en más de una ocasión, para resolver el recurso que por una u otra vía se plantee ante él contra una norma de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional Alemán puede verse obligado a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo, pero no, como en el caso de las cuestiones planteadas por el juez ordinario, para resolver si la norma interna es aplicable, sino, por el contrario, para determinar si la norma europea puede ser aplicada dentro de Alemania. De otra parte, y al menos como hipótesis, cabe imaginar la posibilidad de que antes de responder una cuestión prejudicial de este género, el Tribunal de Justicia crea necesario solicitar el juicio del Tribunal Constitucional alemán sobre la compatibilidad de la norma en cuestión con la «identidad nacional» de la República Federal, pues si es contraria a ésta, será también inválida por infracción del artículo 4.2, etc. Pese a la coherencia lógica del razonamiento que lleva a cada uno de los pasos sucesivos, el resultado final es el de una absurda *regressio ad infinitum*.

Para conjurar este riesgo se invoca frecuentemente el buen sentido de los jueces, y la conciencia de su obligación de ponerse de acuerdo, de «dialogar»; la *Europafreundlichkeit* de los jueces estatales y la *Staatsfreundlichkeit* de los jueces europeos (28). Pero dejando de lado el difícil encaje de estas categorías en cualquier teoría jurídica, y dando por cierta la sensatez y buena voluntad de todos los jueces implicados en el diálogo, tampoco es seguro que éste haya de ser necesariamente fructífero, o que de lugar a soluciones equilibradas.

La duda viene tanto de la diferencia existente entre las situaciones en las que se encuentran los partícipes en el diálogo, como de la rigidez del lenguaje que en él han de emplear, pero en aras de la brevedad prescindiré ahora de esta última dificultad para ocuparme sólo de la que viene de la diferente situación en la que se encuentran los jueces «dialogantes». El juez que fija el límite que la norma europea no puede traspasar es en último término el juez nacional, pues suya es la competencia para determinar en último término cuál sea la identidad nacional inherente a «la estructura fundamental política y constitucional» del propio Estado, una noción que juega, *mutatis mutandi*, un papel análogo al de contenido esencial en relación con los Derechos Fundamentales (29). El grado de libertad del legislador europeo para dictar normas válidas es función de la delimitación que el juez del Estado hace

(28) Así por ejemplo HILF, M., *op. cit.*, p. 712, o GAMBINO, S., «Identità costituzionali nazionale e *primauté* eurocomunitaria», en *Quaderni Costituzionali*, núm. 3 de 2010, pp. 533-563.

(29) *Kerngehalt*, es la expresión que utiliza el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la sentencia «Lisboa» (núm. marginal 240) al identificarlo como «norma» de referencia tanto para el control *ultra vires* como para el de identidad.

de la identidad nacional de éste, y la experiencia ya adquirida muestra que el ámbito delimitado suele ser más bien amplio, especialmente en el caso de los Estados más fuertes.

El uso que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha hecho del Tratado de la Unión e en sus dos sentencias capitales sobre las sucesivas versiones, la de Maastricht (BVerfGE 89, 155, de 12 de octubre de 1993) y la de Lisboa [BVerfGE 123, 267, de 30 de junio de 2009 (30)] es bien expresivo de este sesgo estatista. Además de reiterar en ambas la rotunda afirmación de que la Unión es Unión de Estados soberanos, carente de legitimidad propia y sometida siempre a la voluntad de estos, sus señores, el Tribunal precisa en las dos, pero sobre todo en la segunda de ellas, la amplitud de su competencia para controlar las normas europeas desde la perspectiva de la Constitución alemana (31). Inicialmente limitada a la garantía constitucional de los Derechos Fundamentales, esa competencia se extiende ahora con mayor fuerza al principio de subsidiariedad y sobre todo al de respeto a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales. En la jurisprudencia reciente del Tribunal Alemán es este «control de identidad», en el que, a su juicio, la jurisdicción interna y la europea «van de la mano», el instrumento más potente, con tendencia a convertirse en exclusivo.

Para respetar las características propias de cada una de las vías procesales por las que cabe acceder a él sin disminuir la fuerza expansiva del control de identidad, el Tribunal Alemán ha tenido que convertir el Derecho Fundamental a la participación política en un principio objetivo equivalente al de soberanía nacional. Esta transformación, uno de los puntos más criticados de la Sentencia Lisboa, ha sido reafirmada en términos enérgicos, casi provocativos en la Sentencia que resuelve los recursos presentados contra la primera medida de rescate a Grecia y las leyes que autorizan la participación de Alemania en el Fondo Europeo de estabilidad Financiera y el Mecanismo Europeo de estabilidad (32).

(30) Ambas son textos muy extensos, plagados de referencias bibliográficas y en los que el afán didáctico hace a veces borrosa la diferencia entre *obiter dicta* y *rationes decidendi*. La bibliografía sobre ellas, frecuentemente crítica, es simplemente inmensa. En la *Revista Española de Derecho Constitucional* (núms. 40-1994- y 87-2009- respectivamente) las comentó Antonio López Castillo.

(31) De manera breve y rotunda, por ejemplo, en la sentencia «Lisboa» núm. 235: «El correlato de la naturaleza intransferible y por tanto resistente a la integración de la identidad de la Constitución (art. 79.3 de la ley Fundamental) es el deber jurídico europeo de respetar el poder constituyente de los Estados miembros como señores de los Tratados. En el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional Federal está eventualmente obligado a verificar si estos principios están garantizados».

(32) Sentencia de 7 de septiembre de 2011. El Tribunal declara admisible la «queja constitucional» (equivalente a nuestro recurso de amparo) basada en la supuesta violación del derecho de sufragio activo (art. 38.1 y 2) de los recurrentes, pues aunque en general la «extensión sustantiva» no legitima para impugnar actos del Parlamento...

(a) Since the judgment on the Maastricht Treaty on European Union, the Federal Constitutional Court has recognised an exception to this principle if, by reason of relocations of duties and powers of the Bundestag under international agreements, an erosion of Parliament's political legislative possibilities guaranteed by the constitutional system of competences is to be feared (see BVerfGE 89, 155 [172]). This view holds that the principle of representative rule of the people protected by the right to vote may be violated if the Bundestag's rights are substantially curtailed and thus a loss of substance occurs of the democratic freedom of action for the constitutional body which has directly come into being according to the principles of free and equal election (see BVerfGE 123, 267 [341]). Such a possibility of challenge is restricted to structural changes in the organisation of government such as may occur when sovereign powers are transferred to the European Union.

Quizás fuera de Alemania (no sé si también dentro de ella) la actitud del Tribunal Constitucional Federal pueda parecer arrogante, pero esta cuestión no es relevante para el objeto de este trabajo. La extensa cita sólo intenta poner de relieve las razones por las que cada decisión de la Unión frente a la crisis económica depende no sólo de su aceptación por el *Bundestag*, sino también de la subsiguiente declaración judicial acerca de su licitud constitucional.

Aunque la tentación es grande, no entraré en consideraciones sobre las consecuencias que seguramente produciría la asunción por todos los Estados miembros de esta exquisita pulcritud constitucional. Por lo demás improbable, pues «la igualdad de los Estados ante los Tratados» no significa que todos ellos puedan considerar violada su identidad nacional si el Parlamento propio pierde la «soberanía presupuestaria».

Ni pretendo negar tampoco la contribución del Tribunal Constitucional Federal al esfuerzo alemán frente a la crisis. Mi única reserva viene del hecho de que esa contribución se apoya en un uso de la noción de «identidad nacional» que fácilmente podría conducir a conclusiones contrarias. En la breve conclusión con la que cierra la reseña conjunta de la sentencia de 7-9-2011 y de la de 28-2-2012 que viene a completarla, Simon Hentrei afirma que «El Tribunal Constitucional Federal no ha puesto de momento ningún impedimento decisivo a los esfuerzos por superar la crisis, sino que se ha mostrado más bien contenido...» (33). Lo malo es que para que esta afirmación tenga sentido hay aceptar que también hubiera sido posible y lícita una actuación menos «contenida» y eso parece más propio del campo de la política.

This review of state power accessed by every citizen's constitutional complaint was already criticised in connection with the Maastricht judgment (Tomuschat, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*-EuGRZ 1993, p. 489 [491]); Bryde, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts - Konsequenzen für die weitere Entwicklung der europäischen Integration*, 1993, p. 4; König, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV* 54 [1994], p. 17 [27-28]; Bieber, *Neue Justiz - NJ* 47 [1993], p. 241 [242]; Gassner, *Der Staat* 34 [1995], p. 429 [439-440]; Cremer, *NJ* 49 1 [1995], pp. 5 ff.). Similar opinions were also expressed following the Lisbon judgment (Schönberger, *Der Staat* 48 [2009], pp. 535 [539 ff.]; Nettesheim, *Neue Juristische Wochenschrift - NJW* 2009, p. 2867 [2869]; Pache, *EuGRZ* 2009, p. 285 [287-288]; Terhechte, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht - EuZW* 2009, p. 724 [725-726]). However, the Senate adheres to its opinion. The citizen's claim to democracy, ultimately rooted in human dignity (see BVerfGE 123, 267 [341]) would lapse if Parliament abandoned core elements of political self-determination and thus permanently deprived citizens of their democratic possibilities of influence. The Basic Law has provided, in Article 79.3 and Article 20.1 and 20.2 of the Basic Law, that the connection between the right to vote and state power is inviolable (see BVerfGE 89, 155 [182]; 123, 267 [330])...

(33) *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96 (septiembre-diciembre 2012), p. 303.

