

# LA IDENTIDAD NACIONAL O CONSTITUCIONAL, UNA NUEVA NOCIÓN JURÍDICA

PIERRE BON

I. APARICIÓN: 1. *En las jurisprudencias constitucionales.* 2. *En derecho de la Unión Europea.*—II. FUNCIONES: 1. *Plantear unos límites a la integración europea.* 2. *Poner límites al poder de revisión constitucional.*—III. CONTENIDO: 1. *Un contenido más o menos explícito.* 2. *Un contenido más o menos específico.*

Según la historiadora A.-M. Thiesse, autora de una obra reconocida sobre la creación de las identidades nacionales (1), la expresión «identidad nacional» no aparece en el vocabulario francés hasta los años 1980 (2) y exclusivamente como objeto de investigación sociológica o elemento del discurso político: un grupo humano, nacional en este caso, que se considera amenazado en su existencia, principalmente por la internacionalización de la sociedad, pone de relieve lo que lo diferencia de otros grupos para garantizar su perennidad.

Lo notable en este caso es que a esta dimensión sociológica o política de la identidad nacional, sin desaparecer por ello, todo lo contrario (3), no tardará en sumarse una dimensión jurídica en el sentido de que la expresión «identidad na-

---

(1) *La création des identités nationales - Europe XVIII<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècle*, Seuil, 1999.

(2) Citado por T. WIEDER, «Aux racines de l'identité nationale», *Le Monde*, del 6 de noviembre de 2009.

(3) T. WIEDER, en su artículo antes citado, recuerda, por ejemplo, que, en la campaña de las elecciones presidenciales de 2007, el candidato N. Sarkozy utiliza constantemente la expresión para acabar creando, una vez elegido, un ministerio de la identidad nacional (ministerio de inmigración, integración, identidad nacional y desarrollo solidario) y organizando, unos meses después, un gran debate en el país sobre el tema de la identidad nacional.

cional» aparecerá en los textos jurídicos y será utilizada por la jurisprudencia básicamente (pero no exclusivamente) a causa del refuerzo de la construcción europea. Aparece además en el mismo momento, en los textos o en la jurisprudencia, otra noción jurídica de contenido muy similar, la identidad constitucional (4).

Es igualmente notable que esta identidad nacional o constitucional haya suscitado en Francia un interés considerable entre los juristas, especialmente estos últimos años: se han multiplicado los artículos que se le consagran específicamente en las revistas jurídicas (5); se ha organizado también un coloquio so-

---

(4) Para simplificar, en las próximas líneas, consideraremos que las expresiones «identidad nacional» e «identidad constitucional» son sinónimos. Véase, en el mismo sentido, A. SAIZ ARNAIZ, «Identité nationale et droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole», en L. BURGORGUE-LARSEN (bajo la dirección de), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, jornada de estudio del 3 de diciembre de 2010, Editions Pedone, 2011, p. 108, que subraya que los abogados generales del Tribunal de Luxemburgo utilizan indistintamente ambas expresiones y recuerda que, en su decisión sobre el Tratado de Lisboa que mencionaremos más adelante, el Tribunal Constitucional Federal alemán suele utilizar la expresión «identidad constitucional nacional».

(5) V. CONSTANTINESCO, «La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?», en *L'Union européenne, Union de droit, Union des droits-Mélanges en l'honneur de P. Manin*, Pedone, 2010, pág. 79; M. R. DONNARUMMA, «Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 84, 2010, pág. 719; E. DUBOUT, «Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, une supra-constitutionnalité?», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 83, 2010, pág. 451; L. ECK, «Réflexions sur "les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" à la lumière de la pensée de Ronald Dworkin», *Revue de la recherche juridique*, 2008, pág. 1061; C. GREWE y J. RIDEAU, «L'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne: flash back sur le coming out d'un concept ambigu», en *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de J.-P. Jacqué*, Dalloz, 2010, pág. 319; S. JOSSO, «La République sociale, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France?», *Civitas Europa*, núm. 21, 2008, pág. 191; A. LEVADE, «Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne?», *Annuaire de droit européen*, vol. II, 2004, pág. 173; A. LEVADE, «Identité constitutionnelle et exigence existentielle: comment concilier l'inconciliable?», en *L'Union européenne, Union de droit, Union des droits, op. cit.*, pág. 109; B. MATHIEU, «Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national», *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 18, 2005, pág. 141; J.-D. MOUTON, «Vers la reconnaissance d'un droit à l'identité nationale pour les Etats membres de l'Union», en *La France, l'Europe et le monde – Mélanges en l'honneur de J. Charpentier*, Pedone, 2008, pág. 409; J.-D. MOUTON, «Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne», en *L'Union européenne, Union de droit, Union des droits, op. cit.*, pág. 145; M. TROPER, «Identité constitutionnelle», *1958-2008: Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, pág. 123; B. NABLI, «L'identité constitutionnelle de l'Etat de l'Union», en *L'Union européenne, Union de droit, Union des droits, op. cit.*, pág. 155; M.-C. PONTTHOREAU, «Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales», Comunicación en el VIIº congreso mundial de la Association Internationale de Droit Constitutionnel, Atenas, 2007.

bre el tema en el Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbona (6); se ha defendido asimismo una tesis doctoral sobre este tema (7).

Lo más notable, finalmente, es que la identidad nacional o constitucional, como noción jurídica, no haya tenido el mismo eco al otro lado de los Pirineos. Efectivamente, la noción no está ausente del debate jurídico, pero, como observa A. Saiz Arnaiz (8), «el tema de la identidad nacional, o más bien de las identidades nacionales, se plantea en España en un contexto diferente que es el del de la estructura territorial. Algunas Comunidades Autónomas, en particular el País Vasco y Cataluña, pero no exclusivamente, reivindican su condición nacional en función de una fuerte identidad histórica, lingüística y cultural propia». En cambio, cuando se trata de la protección de la identidad nacional o constitucional frente a la construcción europea, el debate es más limitado. Por ejemplo, si consultamos los sumarios de los noventa y nueve números de este excepcional instrumento de trabajo que es la *Revista Española de Derecho Constitucional*, que celebra en estas fechas la publicación de su número 100, no hay, salvo error por nuestra parte, más que un artículo consagrado específicamente a la identidad nacional o a la identidad constitucional así entendida y además su autor ni siquiera es español, sino un eminente profesor alemán (9). Una consulta rápida de otras revistas o del catálogo de las mejores bibliotecas de Derecho público nos lleva a la misma conclusión: el tema de la identidad nacional o de la identidad constitucional casi nunca ha suscitado estudios monográficos de autores españoles.

En estas circunstancias, no es totalmente inútil interesarse por su aparición en el discurso jurídico, identificar las funciones que cumple y tratar de precisar su contenido.

---

(6) L. BURGORGUE-LARSEN (bajo la dirección de), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Jornada de estudios del 3 de diciembre de 2010, *op. cit.* En el momento en que escribimos estas líneas, se anuncia para el 25 de noviembre de 2013 un segundo coloquio organizado por el centro Léon Duguit con el título *Identité constitutionnelle de la France et protection internationale des droits de l'homme*.

(7) F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, Tesis defendida en el Instituto Europeo de Florencia el 3 de diciembre de 2012, LGDJ, 2013.

(8) A. SAIZ ARNAIZ, art. cit., pág. 112, nota 51.

(9) A. VON BOGDANDY, «Identidad constitucional – exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea *de lege lata* y *de lege ferenda*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, 2005, pág. 9, artículo que desarrolla un tema parcialmente abordado por el mismo autor en la misma revista unos meses antes («Constitución europea e identidad europea – Potencialidades y peligros del proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *REDC*, núm. 72, 2004, pág. 25).

## I. APARICIÓN

Se trata de ver aquí a partir de cuándo la identidad nacional o constitucional es algo más que un simple elemento del discurso sociológico o político para convertirse en una noción jurídica, evocada en un texto escrito o en una decisión judicial. Desde este punto de vista, apareció primero en las jurisprudencias constitucionales antes de ser incorporada al Derecho de la Unión Europea (10).

### 1. *En las jurisprudencias constitucionales*

Evocada primero implícitamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, la noción aparece poco tiempo después de forma explícita en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán antes de ser utilizada, de forma mucho más reciente, por el Tribunal Constitucional español y por el Consejo Constitucional francés (11).

El Tribunal Constitucional italiano fue el primero, no tanto en utilizar la expresión identidad nacional o identidad constitucional como en afirmar que la construcción europea no puede levantarse contra lo que constituye la sustancia misma del orden constitucional italiano (12), dando así nacimiento a lo que se ha venido llamando la teoría de los *controlimitti* (13). Lo hace desde su sentencia 183/1973, de 18 de diciembre de 1973, *Frontini*, en la que se subraya que los órganos comunitarios no pueden disponer «del poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana» (14). Ello implica que, aunque

---

(10) Sobre el lugar que ocupa la identidad nacional o constitucional en el derecho del Convenio Europeo de Derechos Humanos, problema en el que no vamos a entrar, pues no ocupa un lugar muy importante, véase D. SZYMCAK, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle», en *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pág. 45.

(11) Podríamos tomar otros ejemplos, como algunos Tribunales Constitucionales de Europa central y oriental, o de los países bálticos. Por ejemplo, véase S. LAULHE SHAELOU, «Nous les peuples – L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences constitutionnelles tchèque, lettone et polonaise», en *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pág. 133.

(12) Véase, por ejemplo, M. R. DONNARUMMA, «Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des cours constitutionnelles», *op. cit.*, especialmente pág. 727 y sigs.

(13) Véase, por ejemplo, A. RUGGERI, «“Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimitti”, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione», en *Diritto pubblico comparato*, Ed. Europeo, 2003, I, pág. 102.

(14) Considerando núm. 9.

normalmente no podría controlar los actos comunitarios, puede hacerlo cuando van contra estos principios fundamentales o estos derechos inalienables o, al menos, que puede controlar los actos nacionales que los aplican. Esta afirmación, que aparece posteriormente en la sentencia 170/1984, de 5 de junio de 1984, *Granital* (15), se ampliará a las leyes de revisión constitucional (16) que no pueden, como tampoco los actos comunitarios, ir contra los principios fundamentales del orden constitucional italiano o los derechos inalienables de la persona humana, instituyendo así una especie de coto cerrado inaccesible a toda intervención normativa.

La jurisprudencia constitucional alemana va en el mismo sentido (17). Nos contentaremos con recordar tres de las sentencias de mayor calado del Tribunal Constitucional alemán en la materia. Apenas unos meses después de la sentencia *Frontini* anteriormente mencionada, el Tribunal de Karlsruhe, en su famosa sentencia de 1974 conocida como sentencia *Solange I* (18), afirmaría que el artículo 24 de la Ley fundamental, relativo a la transferencia de poderes soberanos a instituciones interestatales, «no permite que la estructura fundamental de la Constitución que les confiere su identidad sea modificada sin revisión constitucional y en particular por la legislación de la institución interestatal». Y más adelante precisa que «una parte esencial e irreductible de la Constitución... que afecta a la estructura constitucional de la Ley fundamental, está formada por las disposiciones relativas a los derechos fundamentales». Encontramos una fórmula muy similar en la sentencia de 1986 conocida con el nombre de *Solange II* (19): el artículo 24 no permite «enajenar, mediante la atribución de derechos soberanos a instituciones interestatales, la identidad del orden constitucional de la República Federal Alemana... Entre los elementos inalienables esenciales que forman parte de los fundamentos del orden constitucional actual, cabe incluir en cualquier caso los principios de derecho que están en la base de la parte de la Ley fundamental consagrada a los derechos fundamentales» (20).

---

(15) Considerando núm. 7. Sobre esta decisión, véase especialmente, en español, P. PÉREZ TREMPES, «Justicia comunitaria, Justicia constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario: comentario a la sentencia de la Corte Constitucional italiana número 170/1984, de 8 de junio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1985, pág. 157.

(16) Sentencia 1146/1988, de 15 de diciembre de 1988, *Pahl*, considerando núm. 2.1.

(17) Véase, por ejemplo, F. C. MAYER, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande», en *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pág. 63.

(18) BVerfGE 37, pág. 271.

(19) BVerfGE 73, pág. 339.

(20) Las jurisprudencias *Solange I* y *Solange II* inspirarán el nuevo artículo 23 § 1 de la Ley fundamental insertado en 1992 con motivo de la revisión constitucional que se derivó de la rati-

La sentencia de 2009 a propósito del Tratado de Lisboa (21) es todavía más explícita. El tribunal comienza recordando que el artículo 79, apartado 3, de la Ley fundamental no permite modificación alguna de esta última que pueda atentar contra los principios consagrados por sus artículos 1 (dignidad del ser humano, carácter obligatorio de los derechos fundamentales para los poderes públicos) y 20 (fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia). Esta «garantía de perennidad» prohíbe, incluyendo en esta prohibición al legislador constituyente, disponer de la identidad del orden constitucional liberal y, en particular, ir contra la esencia misma de los principios que estructuran el Estado (democracia, Estado de Derecho, Estado social, República, Estado federal, sustancia de los derechos fundamentales y elementos indispensables para el respeto de la dignidad humana). Sin embargo, también marca límites a la integración europea: la habilitación para participar en la integración europea permite una disposición de la voluntad política diferente de la organización que prevé la Ley fundamental para el orden constitucional alemán, pero únicamente dentro de los límites de la identidad constitucional inalienable.

La jurisprudencia constitucional española en materia de identidad nacional o constitucional (22) es mucho más reciente y, a decir verdad, se compone básicamente de la declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, mediante la cual el Tribunal Constitucional estima, bien es cierto, con algunos votos particulares, que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no está en

---

ficación del Tratado de Maastricht y que marca unos límites a la construcción europea. Véase en francés R. ARNOLD, «La Loi fondamentale de la RFA et l'Union européenne: le nouvel article 23 de la Loi fondamentale», *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 45, 1993, pág. 673.

(21) BVerfGE 89, pág. 155. Véase en español A. LÓPEZ CASTILLO, «Alemania en la Unión Europea a la luz de la "Sentencia-Lisboa" de 30 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional Federal alemán», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, 2009, pág. 337.

(22) Véase, por ejemplo, A. SAIZ ARNAIZ, art. cit., pág. 101. Este autor recuerda por otra parte (pág. 111) que el Consejo de Estado, «órgano consultivo supremo del gobierno» (art. 107 de la Constitución) también se ha pronunciado, al menos implícitamente, sobre la noción de identidad nacional o constitucional. Por ejemplo, en un dictamen de 1991 (asunto 850/1991) relativo al proyecto de Tratado sobre la Unión Europea en proceso de negociación, afirma que la atribución a una organización internacional del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, autorizada por el artículo 93 de la Ley fundamental, no podría modificar «ni los valores supremos del orden constitucional ni la forma y la estructura del Estado ni sus bases institucionales ni los derechos y libertades reconocidos en el segundo capítulo, sección primera del Título I de la Constitución», afirmación que figura asimismo en un dictamen de 1992 (asunto 421/1992) relativo al texto definitivo del Tratado de la Unión Europea. En otros términos, la construcción europea no puede, según el alto órgano consultivo, atentar contra el «núcleo duro» de la Constitución.

contradicción con la Constitución española (23). Es bien sabido que en esta decisión el Tribunal Constitucional introduce una nueva interpretación del artículo 93 de la Constitución, que podríamos calificar de «cláusula Europa» de la Constitución, artículo según el cual «Mediante la 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». Hasta ese momento, el Tribunal Constitucional sólo había atribuido a esta disposición una «índole orgánica procedimental»: consideraba que simplemente definía el procedimiento necesario para transferir o atribuir a organizaciones o a instituciones internacionales el ejercicio de competencias constitucionales, de modo que la ley orgánica precise cuáles son esas competencias cuyo ejercicio se transfiere y cómo se organiza este ejercicio. En lo sucesivo, este artículo se considerará como «soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución... En términos metafóricos, podría decirse que el artículo 93 opera como una bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo, se confiere al artículo 93 una dimensión sustantiva o material». Dicho esto, esta transferen-

---

(23) R. ALONSO GARCÍA, «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, pág. 339; J. M. DE AREILZA CARVAJAL, «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, pág. 365; I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, «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, pág. 297; F. J. MATIA PORTILLA, «Dos Constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, pág. 341; A. SAIZ ARNAIZ «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en A. LÓPEZ *et al.*, *Constitución Española y Constitución Europea*, Madrid, 2005, pág. 51. Véase asimismo, en francés, E. ALBERTI, P. BON, P. CAMBOT y J. L. REQUEJO PAGÉS, «Chronique Espagne», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2004, pág. 571; L. BURGORGUE-LARSEN, «La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC núm. 1/2004): un *Solange II* à l'espagnole», *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 18, 2005, pág. 154; F. MODERNE, «La déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004», *Revue Française de Droit Administratif*, 2005, pág. 43; T. PAPADIMITRIOU, «Constitution européenne et Constitutions nationales: l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnol (à propos des décisions núm. 2004-505 DC du Conseil constitutionnel français et 1/2004 DTC du Tribunal constitutionnel espagnol)», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 18, 2005, pág. 162.



cia de competencias determinadas «que el artículo 93 posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Estos 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 (24), de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia». Tales son sin duda, a los ojos del Tribunal Constitucional, los elementos de la identidad nacional que debe respetar la construcción europea, de acuerdo con el tenor mismo del artículo I-5 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

La jurisprudencia del Consejo Constitucional francés es también más reciente y tiene, por el momento, un alcance muy limitado (25). Efectivamente, debemos esperar a la decisión 2006-540 DC de 26 de julio de 2006 (26) para ver por primera vez, en la pluma del Consejo Constitucional, la expresión «identidad constitucional», en este caso, a propósito de un problema específico: el de la transposición al Derecho interno de una directiva comunitaria. Para el Consejo constitucional, el primer párrafo del artículo 88.1 de la Constitución, según el cual «la República participará en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, constituidas por Estados que han elegido libremente, en virtud de sus tratados constitutivos, ejercer en común algunas de sus competencias», establece que la transposición al Derecho interno de una directiva comunitaria se deriva de una exigencia constitucional. Por lo tanto, le corresponde, cuando se le somete en aplicación del artículo 61 de la Constitución (procedimiento de control abstracto *a priori* de las normas) una ley que tenga por objeto transponer al Derecho interno una directiva comunitaria, velar por el respeto de dicha exigencia. Ello implica que, aunque en principio no le corresponde controlar la conformidad de una ley con un tratado internacional o con el derecho derivado del mismo, podría, en virtud del artículo 88.1 de la Constitución, que se interpreta aquí de forma muy constructiva, controlar la conformidad de las disposiciones de una ley por la que se transpone una directiva con las disposiciones y

---

(24) Lo que evidentemente es una paradoja en la medida en que, como ya se ha señalado (A. SAIZ ARNAIZ, art. cit., pág. 115), se acepta que la soberanía quede limitada por la integración europea.

(25) Véase, además de las referencias bibliográficas que constan al comienzo del artículo, D. ROUSSEAU, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne?», en *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, op. cit., pág. 89.

(26) *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, considerandos 17 a 20.



los objetivos de esta última y, si considera que son manifiestamente incompatibles con ella, declararlas contrarias a la Constitución (27). En cambio, cuando se trata de otras acusaciones de inconstitucionalidad (es decir, cuando no se trate de la conformidad de la ley de transposición con la directiva), el Consejo Constitucional se niega a examinarlas en la medida en que la ley de transposición se limita a extraer las consecuencias necesarias de una directiva precisa e incondicional, pues considera que ello le conduciría en realidad a controlar la directiva en cuestión. La situación es bien diferente, lo que nos lleva al tema que nos ocupa, cuando se alega que la ley «es contraria a una norma o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, salvo en caso de que el constituyente lo haya aceptado». En tal caso, el Consejo Constitucional podrá controlar la ley de transposición, lo que viene a ser indirectamente controlar la directiva. Esta excepción, tomada del atentado contra las reglas y principios inherentes a la identidad constitucional de Francia, que aparece, tal y como hemos indicado, en la decisión antes citada 2006-540 DC de 26 de julio de 2006 y, hasta ahora, reiterada cuatro veces (28), sustituye a la que había alegado el Tribunal Constitucional en 2004 (29) y que había sido criticada por su imprecisión, o incluso por su amplitud (30), la del atentado contra una «disposición expresa contraria a la Constitución». Así pues, la ley de transposición de una directiva, y en realidad la propia directiva, no puede ser contraria, anteriormente a una disposición expresa contraria a la Constitución y actualmente a normas o principios inherentes a la identidad constitucional de Francia. Dicho esto, este límite a la integración europea que se deriva de la noción de identidad constitucional no es absoluto. Es meramente relativo en la medida en que el Consejo Consti-

---

(27) Véase, por ejemplo, la decisión 2006-543 DC de 30 de noviembre de 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, y el comentario notable que se le consagra en *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17.<sup>a</sup> ed., Dalloz, 2013, pág. 212.

(28) Decisión antes citada 2006-543 DC de 30 de noviembre de 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, considerando 6; decisión 2008-564 DC de 19 de junio de 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, considerando 44; decisión 2010-79 QPC de 17 de diciembre de 2010, *M. Kamel D. [transposition d'une directive]*, considerando 3; decisión 2011-631 DC de 9 de junio de 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, considerando 45.

(29) Decisión 2004-496 DC de 10 de junio de 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, considerando 7; decisión 2004-497 DC de 1 de julio de 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, considerando 18; decisión 2004-498 DC de 29 de julio de 2004, *Loi relative à la bioéthique*, considerando 4; decisión 2004-499 DC de 29 de julio de 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, considerando 7.

(30) Véase, por ejemplo, B. GENEVOIS, «Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé (à propos de la décision núm. 2004-496 DC du 10 juin 2004)», *Revue Française de Droit Administratif*, 2004, pág. 657.

tucional, en las decisiones mencionadas, se reserva en cada caso la posibilidad de que el constituyente hubiera aceptado que se atentara contra una regla o un principio inherente a la identidad constitucional.

## 2. *En derecho de la Unión Europea*

Es fácil fechar la aparición del término «identidad nacional» en los tratados europeos.

Fue el 7 de febrero de 1992 con la firma del Tratado de Maastricht, ya que el artículo F, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos».

El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, sólo modifica marginalmente esta formulación. El nuevo artículo 6, apartado 3, del TUE simplemente dispone que «la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros». Ya no hace referencia a los principios democráticos sobre los que se basan los sistemas de gobierno, simplemente porque dichos principios, junto con los principios de libertad, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y del Estado de Derecho son erigidos por el nuevo artículo 6, apartado 1, en principios fundadores de la Unión, además de ser calificados como principios comunes a los Estados miembros.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TECE), firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, es todavía más explícito sobre lo que debe respetar la Unión, ya que su artículo I-5, que pertenece al epígrafe «Relaciones entre la Unión y los Estados miembros», dispone en su primer apartado 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, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional». La noción de identidad nacional se ve así precisada, ya que está vinculada a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados (incluso en lo que se refiere a la autonomía local y regional). Ya no se trata únicamente, como algunos pensaban hasta ese momento, de una identidad cultural. Se trata asimismo de una identidad constitucional.

Finalmente, el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, retoma el contenido del artículo I-5, apartado 1, del TECE en el nuevo artículo 4,

apartado 2, del TUE, salvo dos modificaciones que no afectan a la noción de identidad nacional. Por una parte, evidentemente ya no se afirma que la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, ya que no hay Constitución Europea, simplemente respeta la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados. Por otra parte, se precisa al final del artículo que «en particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

Si bien la noción de identidad nacional aparece de forma explícita en el TUE en 1992 y su contenido se ha precisado posteriormente, el Tribunal de Justicia no la ha invocado demasiado, aunque a veces hace referencia a esta noción de forma implícita (31). Además, algunos abogados generales no desean utilizarla (32) (aunque después no aparezca en el cuerpo de la sentencia sobre la que concluyen). En cambio, si nos limitamos a las sentencias en las que figura la expresión *in terminis*, no van más allá de diez y en algunos casos la utilizan simplemente los demandantes cuya argumentación resume el Tribunal de Justicia, aunque éste no la utilice después (33). Efectivamente, sólo hay media docena de sentencias en las que el Tribunal utilice esta noción y, además, el balance que podemos hacer de sus tomas de posición en la materia es relativamente menor.

En la primera, el Tribunal afirma que, si bien la salvaguarda de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo respetado por el ordenamiento jurídico comunitario, no justifica que nacionales del resto de los Estados miembros queden excluidos de forma general de las funciones de docente (34)

---

(31) Véase, por ejemplo, D. SIMON, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne», en *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pág. 30.

(32) Véase, por ejemplo, las conclusiones del abogado general M. Poiares Maduro sobre los litigios *Marrosu y Sardino contra Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova, Vassallo e Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova* (TJCE de 7 de diciembre de 2006, asuntos C-53/04 y C-180/04) para quien las autoridades nacionales, y en particular los órganos jurisdiccionales competentes «son las mejor situadas para definir la identidad constitucional de los Estados miembros que la Unión Europea se ha dado como misión respetar [conforme al art. 6, apartado 3, del TUE]. 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» (punto 40).

(33) Véase, por ejemplo, TJUE de 4 de marzo de 2004, *Alemania contra Comisión*, asunto C-344/01, punto 77, o TJUE de 16 de octubre de 2012, *Hungría/Eslovaquia*, asunto C-364/10, punto 35.

(34) TJCE de 2 de julio de 1996, *Comisión contra Luxemburgo*, asunto C-473/93, puntos 32, 35 y 36.

o de notario (35). Cuando se trata de los docentes, el Gran Ducado de Luxemburgo alegaba que estos últimos debían tener obligatoriamente la nacionalidad luxemburguesa «para asegurar la transmisión de los valores tradicionales» y que ello constituía, «habida cuenta de la superficie de dicho Estado y de su situación demográfica específica, un requisito esencial para la salvaguardia de la identidad nacional». El Tribunal replica que «aunque la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo 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 por 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». Cuando se trata de los notarios, el Gran Ducado alega asimismo que deberían tener la nacionalidad luxemburguesa, con el fin de que se garantice el uso del luxemburgués en el ejercicio de sus actividades. El Tribunal retoma textualmente su análisis anterior, al que remite, por otra parte, y observa en particular que, «aunque la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo respetado por el ordenamiento jurídico de la Unión... el interés invocado por el Gran Ducado puede, sin embargo, defenderse eficazmente a través de medios distintos».

En la segunda, el Tribunal considera que la identidad nacional de un Estado puede incluir su forma republicana y la abolición de la nobleza (36). Se enjuiciaba entonces la decisión del jefe de Gobierno del *land* de Viena de rectificar la inscripción en el Registro del estado civil del apellido Fürstin von Sayn-Wittgenstein, sustituyéndolo por el de Sayn-Wittgenstein, en aplicación de la Ley sobre abolición de la nobleza de 3 de abril de 1919, que tiene valor de ley constitucional. Para el Gobierno austríaco, esta ley se propone salvaguardar la identidad constitucional de la República de Austria, pues, aunque no sea un elemento del principio republicano, principio rector de la ley constitucional federal, al menos constituye una decisión fundamental a favor de una igualdad formal de trato para todos los ciudadanos ante la ley. Por su parte, la Comisión pensaba que, dentro del contexto de la historia constitucional austríaca, había que tener en cuenta esta ley como elemento de la identidad nacional. Es lo que hace el Tribunal de Justicia, ya que afirma que, en este contexto, «la ley de abolición de la nobleza, como elemento de la identidad nacional, puede ser tenida

---

(35) TJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión contra Luxemburgo*, asunto C-51/08, puntos 72 y 124.

(36) TJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, asunto C-391/09, puntos 74, 80, 83 y 92.

en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión» (37), identidad nacional que respeta la Unión en aplicación del TUE y «de la que forma parte también la forma republicana del Estado».

En la tercera, el Tribunal de Justicia considera que el respeto de la identidad nacional también abarca la protección del idioma oficial nacional del Estado (38) [o de los idiomas oficiales del Estado si hubiera varios (39)]. Como en la sentencia mencionada en el punto anterior, se trataba de una cuestión de inscripción en el registro civil, pero esta vez se trataba de la inscripción en el registro civil lituano del nombre y del apellido de una persona en su forma lituana, con arreglo a la normativa aplicable, aunque esta persona, de nacionalidad lituana pero perteneciente a la minoría polaca, estimaba que dichos nombre y apellido hubieran debido ser transcritos en su forma polaca. Para el Tribunal, «conforme al artículo 4 TUE, apartado 2, la Unión respetará asimismo la identidad nacional de sus Estados miembros, de la que también forma parte la protección de la lengua oficial nacional del Estado. De ello se sigue que el objetivo perseguido por una normativa nacional, tal y como la controvertida en el asunto principal, dirigida a proteger la lengua oficial nacional mediante la imposición de normas de grafía previstas por dicha lengua constituye, en principio, un objetivo legítimo que puede justificar restricciones de los derechos a circular y residir libremente previstos en el artículo 21 TFUE y puede ser tenido en cuenta cuando al ponderar, por un lado, intereses legítimos y, por otro, derechos reconocidos por el Derecho de la Unión».

En la cuarta, como se podría suponer, el Tribunal de Justicia considera que, *a contrario*, la aplicación, en relación con los jueces a tiempo parcial retribuidos sobre la base de honorarios diarios, de una directiva comunitaria y de un acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial no puede afectar a la identidad nacional, al contrario de lo que sostenía el gobierno letón, sino que únicamente persigue que se beneficien del principio general de igualdad de trato (40) (41).

---

(37) En entredicho, dado que el título de nobleza había sido obtenido mediante adopción en un Estado miembro diferente.

(38) TJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, asunto C-391/09, puntos 86 y 87. Véase asimismo, como referencia a la promoción del idioma irlandés como medio legítimo de sostener «la identidad y la cultura nacional», TJCE de 28 de noviembre de 1989, *Groener*, asunto C-379/87, punto 18.

(39) TJUE de 16 de abril de 2013, *Las*, asunto C-202/11, punto 26.

(40) TJUE de 1 de marzo de 2012, *O'Brien*, asunto C-393/10, punto 49.

(41) También podría evocarse el asunto de las elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, aunque el Tribunal de Justicia, en su sentencia, no haga referencia *in terminis* a la identidad nacional (la evoca la Comisión) sino a una noción parcialmente diferente pero que no

## II. FUNCIONES

Como se deriva de lo visto hasta ahora, una de las funciones de la noción de identidad nacional o de identidad constitucional salta a la vista: permite plantear unos límites a la integración europea. Sin embargo, la noción también puede tener una función diferente que no debemos perder de vista: también permite plantear unos límites al poder de revisión constitucional.

### 1. *Plantear unos límites a la integración europea*

Una de las funciones principales de la noción de identidad nacional o de identidad constitucional es evidentemente fijar unos límites a la integración de la sociedad internacional y, más precisamente, determinar los límites de la integración europea: esta última limita la soberanía del Estado y traslada al campo de la Unión Europea competencias que, hasta entonces, entraban en el ámbito de libre disposición de cada Estado; por tanto, cada una de sus etapas puede implicar una modificación de las Constituciones nacionales; pero, en cualquier caso, la sustancia misma de estas últimas, su núcleo duro, lo que constituye su identidad, es intocable y debe permanecer intangible.

En estas condiciones, es lógico que la noción haya sido delimitada en primer lugar por los Tribunales Constitucionales nacionales: defensores por natu-

---

deja de tener relación con la noción de tradición constitucional. En este caso, el Reino Unido, con arreglo a las prácticas insulares, había otorgado derecho de voto en las elecciones europeas desarrolladas en Gibraltar a personas que no eran nacionales británicos o comunitarios, sino ciudadanos de la Commonwealth que cumplieran unos criterios determinados (*qualifying Commonwealth citizen* o *QCC*), lo que España cuestionaba. Una vez que la Comisión señalara que, «si bien 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 miembros», el Tribunal de Justicia subraya que «por motivos que enlazan con su tradición constitucional, el Reino Unido tomó la decisión, tanto para las elecciones nacionales en el Reino Unido como para las elecciones a la Asamblea Legislativa de Gibraltar, de conceder el derecho de sufragio activo y pasivo a los QCC que reuniesen determinados requisitos expresivos de un vínculo específico con el territorio con respecto al cual se organizan las elecciones. Ante la inexistencia en los Tratados comunitarios de disposiciones que indiquen de forma expresa y precisa quiénes son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, no resulta contraria al Derecho comunitario la decisión del Reino Unido de extrapolar a esas elecciones, organizadas en Gibraltar, los requisitos establecidos en su normativa nacional para ser elector y elegible, tanto en las elecciones nacionales en el Reino Unido como en las elecciones a la Asamblea legislativa de Gibraltar».

raleza de la Constitución, han visto aquí un medio de evitar que esta última se convierta en una cáscara vacía.

Tiene también su lógica que la noción se haya incorporado al Derecho comunitario primario a partir del Tratado de Maastricht. Este tratado implicaba, como sabemos, un progreso importante de la construcción europea. Ante el temor de perder una parte importante de su sustancia, algunos Estados quisieron adoptar una especie de cláusula de salvaguardia. Tal es la función de lo que era entonces el artículo F, apartado 1, del TUE, según el cual, como ya hemos señalado, «la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos», artículo que parece derivarse de una iniciativa del Reino Unido apoyada por Dinamarca y Grecia (42).

Una vez incorporada al Derecho comunitario primario, la noción se impuso evidentemente al Tribunal de Justicia, que se veía abocado a ver en la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros un objetivo legítimo respetado por el ordenamiento jurídico comunitario (43). Dicho esto, era una exigencia que no estaba lejos de ser contraria a sus posiciones tradicionales. Sólo hay que recordar su jurisprudencia *Costa contra ENEL* (44) de 1964, según la cual «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 ésta* (el subrayado es nuestro), ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad» o su jurisprudencia de 1970 *Internationale Handelsgesellschaft* (45), todavía más explícita, en cuyos términos «la alegación de violaciones, bien de los derechos fundamentales formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o su efecto en el territorio de dicho Estado». En la medida en que el Tribunal de Justicia afirmaba tradicionalmente la superioridad del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, aunque fuera de naturaleza constitucional, existía el riesgo de que la afirmación solemne en el Tratado de Maastricht del respeto por parte de la Unión de la identidad nacional de los Estados miembros contradijera esta superioridad. Asimismo, y como hemos visto, el Tribu-

---

(42) Y. DOUTRIAUX, *Le traité sur l'Union européenne*, 1992, pág. 96, citado por F.-X. MILLET, *op. cit.*, pág. 154.

(43) TJUE de 2 de julio de 1996, *Comisión contra Luxemburgo*, *op. cit.*, punto 35; TJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión contra Luxemburgo*, antes citado, punto 124.

(44) TJCE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64.

(45) TJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70.



nal de Justicia sólo ha aplicado de forma limitada esta exigencia que nunca ha considerado como una excepción sin condiciones a la aplicación del Derecho comunitario, sino más bien como un elemento para ponderar o conciliar, valorando la proporcionalidad, con los intereses públicos que persigue la normativa comunitaria.

En cualquier caso, el hecho de que la protección de la identidad nacional, primero reivindicada por los jueces constitucionales, haya sido transformada posteriormente por el Tratado de Maastricht en exigencia comunitaria cambia su naturaleza. Como observa, por ejemplo, F.-X. Millet (46), «la identidad constitucional del Estado miembro, en lugar de ser únicamente una norma de resistencia, se asemeja a una norma de convergencia entre ordenamientos jurídicos. En la medida en que es a un tiempo un concepto de Derecho de la Unión y un concepto del Derecho nacional, es susceptible de ofrecer una respuesta —probablemente imperfecta pero no por ello menos bienvenida— al conflicto constitucional».

## 2. *Poner límites al poder de revisión constitucional*

La noción de identidad nacional o constitucional también puede tener otra función: puede permitir poner límites al poder de revisión constitucional.

Ya hemos indicado que el Tribunal Constitucional italiano, después de haber afirmado que la construcción europea no puede ir contra lo que constituye la sustancia misma del orden constitucional italiano (47), amplió esta exigencia a las leyes de revisión constitucionales que, como los actos comunitarios, no pueden contradecir los principios fundamentales del orden constitucional italiano o los derechos inalienables de la persona humana (48).

Ya hemos visto también que el Tribunal Constitucional federal alemán, especialmente en su decisión de 2009 a propósito del tratado de Lisboa (49), partía del artículo 79, párrafo 3, de la Ley fundamental que prohíbe cualquier modificación de esta última que atente contra los principios consagrados por sus artículos 1 (dignidad del ser humano, carácter obligatorio para los poderes públicos de los derechos fundamentales) y 20 (fundamentos del orden esta-

(46) F.-X. MILLET, *op. cit.*, pág. 11.

(47) Tribunal Constitucional italiano, sentencia 183/1973, de 18 de diciembre de 1973, *Frontini*, antes citado; sentencia 170/1984, de 5 de junio de 1984, *Granital*, antes citado.

(48) Tribunal Constitucional italiano, sentencia 1146/1988, de 15 de diciembre de 1988, *Pahl*, antes citado.

(49) BVerfGE 89, pág. 155, antes citado.

tal, derecho de resistencia), para afirmar que «la garantía de perennidad» que se deriva impide al legislador constituyente disponer de la identidad del orden constitucional liberal de la misma forma que impide que la integración europea atente contra la identidad constitucional inalienable. Sabemos además que, en Alemania, la noción de identidad constitucional aparece como doctrina mucho antes de los comienzos de la construcción europea, pues en ese momento estaba exclusivamente vinculada a los límites del poder de revisión constitucional. Aludimos aquí a las ideas bien conocidas de Carl Schmitt sobre la distinción que cabe hacer entre Constitución y ley constitucional, distinción que corresponde parcialmente a la distinción que se remonta a la Revolución Francesa entre el poder constituyente originario y el poder constituyente instituido: mientras que el primero, que sólo puede ser ejercido directamente por el pueblo, es soberano, el segundo, que está sometido a las reglas de procedimiento, o incluso de fondo, previstas por la Constitución que lo instituye, debe respetar en cualquier caso la identidad de la Constitución. En otros términos, el respeto por la identidad constitucional es un límite a la revisión de la Constitución.

Parece, pues, claro que, en estos dos Estados, que son, por otra parte, Estados en los que el Tribunal Constitucional se considera competente para controlar las leyes de revisión constitucional, la noción de identidad nacional permite poner límites al poder de revisión constitucional. En cierta forma, coincide así con la noción de supraconstitucionalidad.

En cambio, no ocurre lo mismo en otros Estados.

De esta forma, en la Constitución Española no existe «garantía de perennidad». Su artículo 168 somete simplemente a un procedimiento de revisión más exigente la modificación de algunas de sus disposiciones: las de su Título preliminar que enumera concretamente los principios fundamentales del Estado, los del Capítulo II, Sección 1.<sup>a</sup> del Título I (derechos fundamentales de primer nivel) y finalmente los del Título II (consagrado a la Corona). Algunos de estos objetos son, por otra parte, elementos de la noción de identidad constitucional identificada por el Tribunal Constitucional en su declaración antes citada 1/2004. Es así con los valores y principios fundamentales consagrados por la Constitución. Ahora bien, como integrantes de la noción de identidad constitucional constituyen un límite a la integración europea, pero no son, en el estado actual del Derecho positivo, ajenos a la posibilidad de revisión constitucional; simplemente están sometidos a un procedimiento de revisión más rígido.

En Francia existe, en cierta forma, una «garantía de perennidad», ya que el último párrafo de su artículo 89 (artículo consagrado a la revisión de la Constitución) dispone que «la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión», forma republicana de gobierno que puede entenderse tanto de forma

estricta (la República por oposición a la monarquía) como de forma amplia (la República como el conjunto de la herencia republicana). Sin embargo, el Consejo Constitucional, después de haber dejado persistir algunas dudas (50), ha afirmado claramente que se negaba a controlar las leyes constitucionales (51). En estas condiciones, no vemos cómo la noción de identidad constitucional podría erigirse en límite al poder de revisión: de la misma forma que no es un límite absoluto a la integración europea, ya que, como hemos visto, el poder constituyente siempre puede aceptar que una directiva atente contra una norma o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, no nos parece en modo alguno un límite al poder de revisión constitucional.

Las funciones de la noción de identidad nacional no siempre son las mismas en función del ordenamiento jurídico en cuestión. Lo mismo ocurre con su contenido.

### III CONTENIDO

A este respecto, se ha mencionado la indeterminación insostenible de la identidad nacional, como concepto impresionista, por no decir enigmático (52). De hecho, su contenido es más o menos explícito, de la misma forma que es más o menos específico según el ordenamiento jurídico de que se trate.

#### 1. *Un contenido más o menos explícito*

En algunos casos, no se explicita el contenido de la identidad nacional. Es el caso típico de Francia, en la medida en que el Consejo Constitucional nunca ha

---

(50) Véase su decisión 92-312 DC de 2 septiembre de 1992, conocida como *Maastricht II*, en la que había afirmado que «el poder constituyente es soberano» pero que lo era con reserva, por una parte, de las limitaciones relativas a los períodos durante los cuales no se puede plantear o llevar a cabo una revisión de la Constitución (art. 7: vacante en la Presidencia de la República o período que va de la declaración del carácter definitivo del impedimento del Presidente de la República a la elección de su sucesor; art. 16: ejercicio de poderes excepcionales; art. 89, apartado 4: violación de la integridad territorial) y, por otra parte, la prohibición de atentar contra la forma republicana del gobierno (art. 89, apartado 5, antes citado). Una parte de la doctrina había considerado entonces que, si enumeraba uno a uno los límites que se imponen a las leyes constitucionales es porque se reconocía competente para controlarlos.

(51) Decisión 2003-469 DC de 26 de marzo de 2003.

(52) L. BURGORGUE-LARSEN, «L'identité constitutionnelle en question(s)», en *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, antes citado, pág. 158.

sentido la necesidad de precisar cuáles eran las reglas o los principios relativos a la identidad constitucional de Francia, de modo que sólo una violación de la misma pudiera justificar que controle una ley de transposición de una directiva y, por consiguiente, la directiva misma. El comentario «oficial» en el sitio web del Consejo Constitucional sobre la decisión 2006-540 DC antes citada, en la que figura por primera vez la fórmula «reglas o principios inherentes a la identidad institucional de Francia» se limita, por su parte, a reproducirla sin intentar precisar su contenido. Por lo tanto, es la doctrina y exclusivamente la doctrina la que se esfuerza en precisar lo que convendría entender por ello, con una cierta cacofonía como resultado. Para algunos autores, se trata de principios vinculados a la forma republicana de gobierno que, como hemos visto, está protegida por el último párrafo del artículo 89 de la Constitución, pero estos autores no se ponen de acuerdo sobre la lista de estos principios. Para otros, la identidad constitucional de Francia se reduce al principio de laicidad que diferencia a este país de otros Estados de la Unión Europea. En pocas palabras, como observa D. Rousseau (53), «cada profesor —o casi— tiene su propia lista de reglas y principios inherentes a la identidad constitucional de Francia». Está claro que esta incertidumbre debilita en gran medida el carácter operativo de la noción.

En otros casos, como hemos visto, el contenido de la identidad nacional es más explícito, aunque sea con un grado de precisión variable. En Italia es posible incluir en la identidad nacional, aunque el Tribunal no utilice esta expresión, los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables de la persona humana. En Alemania se trata de la esencia misma de los principios que estructuran el Estado, enumerados por el Tribunal Constitucional federal: democracia, Estado de Derecho, Estado social, República, Estado federal, sustancia de los derechos fundamentales indispensables para el respeto de la dignidad de la persona humana. En España, se trata de la soberanía del Estado, las estructuras constitucionales de base y el sistema de valores y principios fundamentales consagrados por la Constitución, sistema en el que los derechos fundamentales adquieren una sustantividad propia. Dentro del marco de la Unión Europea, resulta de su Derecho originario que la identidad nacional es inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros, incluyendo lo relativo a la autonomía local y regional, mientras que el Tribunal de Justicia ha precisado que la lengua oficial del Estado (o las lenguas oficiales, en caso de que se reconozca más de una) eran un elemento de la identidad nacional, de la misma forma que, en su caso, la forma republicana y la abolición de la nobleza.

---

(53) D. ROUSSEAU, art. antes citado, pág. 96.

Desde el momento en que el contenido de la identidad nacional es explícito, aparece un segundo problema: el de su carácter más o menos específico.

## 2. *Un contenido más o menos específico*

Como subraya A. Viala (54), «es corriente considerar dos significados de la palabra “identidad”. Se suele contraponer la identidad como *ipseidad* con la identidad como *equivalencia*. Sensiblemente similar a la noción de especificidad, la primera puede significar para una persona ser uno mismo y no otro. De manera bien diferente, la segunda designa el hecho, para una cosa, de ser la misma que otra».

Encontramos la misma ambivalencia a propósito de la identidad nacional o constitucional.

A veces entendemos con ello una característica esencial de un Estado que es susceptible de diferenciarlo de otro. Por esta razón, una fracción de la doctrina francesa, como hemos indicado más arriba, afirmó que, entre los principios o normas inherentes a la identidad constitucional de Francia, estaba ante todo el principio de laicidad, en la medida en que se trata de un principio fundamental del Estado francés que no encontramos en la mayor parte de los Estados restantes. De la misma forma, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso citado de los títulos de nobleza austríacos, afirma que la Ley constitucional austríaca relativa a la abolición de los títulos de nobleza es un elemento de la identidad nacional del país, es probablemente porque considera que, habida cuenta de la historia de este país, se trata de un elemento fundamental que le singulariza con respecto a lo que ha podido ocurrir en otros Estados.

A veces, a la inversa, los elementos de la identidad nacional o constitucional que se han podido extraer se encuentran en otros lugares y parecen ser entonces elementos comunes. Cuando el Tribunal Constitucional italiano evoca a este respecto los principios fundamentales del orden constitucional, el Tribunal Constitucional alemán los principios que estructuran el Estado y el Tribunal Constitucional español las estructuras constitucionales de base, es posible que hay rasgos específicos, por ejemplo alrededor de las temáticas República/Monarquía o Estado federal/Estado unitario, pero sin duda también hay elementos comunes, por ejemplo vinculados al principio democrático, al principio del Estado de Derecho y al principio del Estado social, siguiendo con estos

---

(54) A. VIALA, «Le concept d'identité constitutionnelle: approche théorique», en *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, antes citado, pág. 9.

tres principios. De la misma forma, cuando el Tribunal Constitucional italiano vincula implícitamente a la identidad nacional los derechos inalienables de la persona humana, cuando el Tribunal Constitucional alemán le asocia explícitamente la sustancia de los derechos fundamentales indispensables para el respeto de la dignidad de la persona humana, cuando el Tribunal Constitucional español incorpora, también expresamente, el sistema de valores y principios fundamentales consagrados por la Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren una sustantividad propia, eso quiere decir que la prevalencia de los derechos fundamentales constituye un elemento de base de la identidad nacional. En otros términos, cabe preguntarse si la identidad nacional, tal y como parecen entenderla los jueces constitucionales, no incluirá en todos los casos, además de algunos elementos específicos, elementos comunes como el principio democrático, el principio del Estado de Derecho, el principio del Estado social y el respeto de los derechos fundamentales.

Ahora bien, por su parte, la Unión Europea se basa en estos principios y manifiesta la misma vinculación a los derechos fundamentales: basta para convencerse de ello, recordar los términos del artículo 2 del TUE, según el cual «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», valores que, por otra parte, se califican de valores comunes a los Estados miembros. En estas condiciones, y como hemos subrayado más arriba, cabe preguntarse si el respeto de la identidad nacional, en lugar de ser sistemáticamente un factor de tensión entre los Estados de la Unión Europea, no será en algunos aspectos la indicación de la dirección en la que unos y otra avanzan de consuno. Eso explicaría que, aunque se invoque con frecuencia, prácticamente no consten casos en los que se ignore.

En cualquier caso, si la integración europea llegara a un grado tal que se pudiera considerar que la existencia misma de los Estados miembros, como actores susceptibles de desarrollar políticas públicas autónomas, se ve amenazada, la noción de identidad nacional podría servir para bloquear esta tendencia. Pero este grado que no es posible superar sin peligro de atentar contra la identidad nacional entendida casi como sinónimo de existencia nacional es especialmente delicado de precisar.

Traducción de Alicia Martorell

*RESUMEN*

Las nociones de identidad nacional, o identidad constitucional, además de su dimensión política o sociológica, tienen una dimensión jurídica que se expresa, tanto en el derecho positivo como en la jurisprudencia. Se analiza en este artículo su manifestación en las relaciones entre la Unión Europea y algunos Estados miembros como España, Francia, Italia o Alemania, entre otros. El texto repasa sucesivamente la plasmación del concepto en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, en los textos constituyentes de cada país, en el Derecho primario de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Finalmente, analiza los límites que este concepto plantea para la integración europea y para la revisión de los textos constitucionales.

*PALABRAS CLAVE:* Unión Europea; identidad nacional; identidad constitucional; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Constitucional; integración europea; jurisprudencia constitucional.

*ABSTRACT*

The notions of national identity, or constitutional identity, apart from their political or social dimension, also have a legal dimension expressed in positive law and in jurisprudence. This article analyses their manifestation in the relationships between the European Union and some member States, including Spain, France, Italy and Germany. It looks at the way the concepts are expressed in the jurisprudence of the constitutional courts and the constitutional texts of each country, as well as in the European Union primary law and the jurisprudence of the European Court of Justice. It then analyses the constraints that this concept may place on European integration and the revision of constitutional texts.

*KEY WORDS:* European Union; national identity; constitutional identity; European Court of Justice; Constitutional Court; European integration; constitutional jurisprudence.