

IDENTIDAD NACIONAL E INTEGRACIÓN EUROPEA (*)

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

I

El Tratado de Lisboa apenas ha mitigado el impulso constituyente intentado con la Constitución para Europa. Se ha prescindido de las categorías y del lenguaje constitucionales, instalándose de nuevo el legislador de los tratados en el universo conceptual característico del Derecho de la Unión, pero la apariencia de las formas no puede disimular la realidad de un proceso constituyente tan suficientemente avanzado como para que pueda pensarse en detenerlo y menos aún en desandararlo.

En realidad, con el último Tratado se ha fortalecido el proceso de constitucionalización material que ha estado implícito desde siempre en el principio de primacía, cuya lógica no es sino la de una contenida vocación soberana. El Tratado de Lisboa no ha llegado a formalizar ese principio entre los preceptos de su articulado, pero lo ha hecho suyo por la vía sinuosa y tan típicamente comunitaria del recurso a una Declaración adjunta (la 17) en la que, con magnífica paradoja, se afirma que el principio de primacía existe para la Unión aunque no se mencione en el Tratado. Bien que de manera vergonzante, la primacía ha adquirido por esa vía una evidente dimensión constitucional, pues, asumida expresamente por el Derecho primario, deja de ser la pura solución pretoriana que hasta ahora había sido y queda con ello al margen del poder de disposición del Tribunal al que debía en origen su existencia.

(*) A propósito de *National Constitutional Identity and European Integration*, Alejandro SAIZ ARNAIZ y Carina ALCOBERRO LLIVINA (eds.), Intersentia, Cambridge, 2013.

Las consecuencias que ese cambio en la cualidad del principio de primacía puede suponer para el proceso de integración no debieran ser subestimadas. Tampoco las que cabe esperar de otra novedad del Tratado de Lisboa tan engañosamente circunstancial como ha sido la entrada en vigor de una Carta de Derechos que no pocos quieren ver como la simple formalidad del reconocimiento del sistema de garantías que la Unión ha venido construyendo desde antiguo. Sin duda el contenido de la Carta se corresponde con el de los derechos que durante décadas el Tribunal de Justicia ha deducido del Derecho de la Unión en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero ese contenido se ha formalizado ahora en una Carta que disfruta del mismo valor que los Tratados (art. 6.1 TUE), adquiriendo así también una dimensión constitucional que, como primera consecuencia, le garantiza una autonomía normativa que el Tribunal de Justicia debe hacer valer frente a cualesquiera otros instrumentos de protección de los derechos fundamentales. El conflicto con los derechos constitucionales y con los derechos del Convenio de Roma es, así, inevitable. Pero, sobre todo, la transformación misma del carácter de la Unión es ya sólo una cuestión de tiempo en la medida en que un Ordenamiento nacido y construido para la promoción y la defensa de las libertades económicas debe acomodarse en adelante a las exigencias de un sistema de derechos con el que se amparan todas las dimensiones de la persona y de la vida colectiva.

En razón de la transversalidad de su contenido, la Carta ha supuesto la ampliación definitiva del horizonte de la Unión, llamada a dejar de ser únicamente un mercado y abocada a concebirse como una estructura de poder al servicio de los mismos fines que fundamentan (y limitan) el poder de los Estados. Quedan así sentadas las bases para la justificación de un ámbito competencial cada vez más ambicioso y, en consecuencia, para que las tensiones inherentes al proceso de integración se revelen abiertamente como lo que en último término siempre han sido: una lucha por la condición de soberano; pues, más allá del origen de la Unión como criatura de los Estados miembros, y por encima de las dependencias recíprocas y de los intereses compartidos, la dinámica de la relación entre la Unión y los Estados es la de quienes quieren para sí la titularidad del poder supremo.

Está en el mérito del proceso de integración el que desde un principio haya evitado presentarse como una cuestión acerca del soberano. En este punto el Tratado de Lisboa continúa la tradición de cuidarse de mentar el término «soberanía», pero abunda en la tarea de contribuir a la sustancia de la expresión «identidad nacional», aparecida en el Tratado de Maastricht (1992) en un contexto en el que la deriva de la integración europea comenzaba a hacer evidentes las posibilidades de la ambición *soberanista* de la Unión. Tanto el Tratado de

Maastricht como el Tratado de Ámsterdam (1997) se limitaron a recoger la expresión «identidad nacional», en buena medida dotada ya de un cierto contenido en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, pero sin sustancia propia a los efectos de la Unión. Que bajo ella se abrigaba la idea de la soberanía (nacional) es algo que finalmente ha confirmado el Tratado de Lisboa, pues no puede caber duda de que, evitando el *nomen*, introduce su concepto mediante la fórmula —de nuevo, tan típicamente comunitaria— de una declaración de respeto hacia principios que de inmediato se intuyen como el resultado de la deconstrucción de un concepto demasiado contundente para el espíritu de la postmodernidad. Porque, en efecto, lo que se significa en el artículo 4.2 TUE con la «identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de [los Estados miembros], también en lo referente a la autonomía local y nacional» y con las «funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional», lo que se significa con esto, digo, no es otra cosa que lo que siempre se ha definido como el poder del soberano.

Ya es de por sí un avance que se empiece a convenir en que cuando decimos «identidad nacional» queremos decir algo muy próximo a la soberanía. En términos del Derecho de la Unión, tan dado a la elusión y al circunloquio, es un progreso extraordinario. También un riesgo, pues llamar a las cosas por su nombre terminará por hacer inevitable la cuestión que durante más de sesenta años ha querido eludirse y sin la que ha sido posible poner en pie un sistema que, con todas sus imperfecciones y carencias, ha permitido la coexistencia razonablemente ordenada de una multitud de soberanos. Si éstos han de seguir siendo tales o en su lugar debe imponerse un nuevo y único poder supremo es cuestión que ni los Tribunales ni la academia pueden resolver. Pero sí está en su mano poner de manifiesto que del curso que se imprima al proceso de integración depende dónde habrá de residir el soberano que ordene el ejercicio de la violencia legítima en las sociedades europeas y, por tanto, el poder que, garantizando con eficacia el disfrute de los derechos, constituya también el mayor peligro para la libertad. El viejo y recurrente problema del empeño constitucional.

II

En definitiva, la expresión «identidad nacional» ha introducido abiertamente el concepto de soberanía en el debate sobre la integración europea, implicando con ello a los constitucionalistas de manera inexcusable en las vicisitudes de aquella empresa. A la extraordinaria producción bibliográfica que ha deparado

la discusión sobre la identidad nacional (o constitucional) en el contexto del Tratado de Lisboa se ha sumado ahora la edición por parte de Alejandro Saiz Arnaiz y de Carina Alcoberro Llivina de quince estudios firmados por otros tantos iuspublicistas, en su mayor parte profesores de Derecho Constitucional, con el propósito de «arrojar alguna luz en los rincones oscuros del jardín de la identidad constitucional» (pág. 15).

El propósito se cumple en muy buena medida. El escenario que finalmente se ofrece al lector es el de un jardín mejor iluminado y en el que, justamente por ello, son también más visibles algunas de las dimensiones menos advertidas del problema conceptual que representa la «identidad nacional o constitucional» como categoría del Derecho de la Unión. Los autores no resuelven el problema de la definición de la «identidad nacional» y sus funciones, sino que plantean con rigor las preguntas y las razones que hacen de esa definición un verdadero problema, sin duda uno de los más sobresalientes para la ciencia del Derecho Público de nuestros días. Se trata, por tanto, de un libro que, sobre todo, problematiza y no ofrece otra certeza que la de que el proceso de integración exige volver de nuevo sobre los fundamentos de la Teoría del Estado.

Como explican en la Introducción Saiz Arnaiz y Alcoberro Llivina, la primera cuestión a resolver es *de qué identidad* se trata, pues no está perfectamente claro si es la que puede predicarse de la «Constitución» que organiza al pueblo en una comunidad política o la del «pueblo» sometido a la Constitución del Estado. Tal es el objeto del capítulo 1, a cargo del profesor José Luis Martí, en el que se destaca la distancia conceptual que media entre la «identidad nacional» (entendida como «identidad del pueblo») y la «identidad constitucional», a pesar de que ambas expresiones se utilizan habitualmente como sinónimas, cuando no se confunden en el *tertium* «identidad constitucional nacional», como precisamente sucede en el título del libro. En términos jurídicos, parece razonable decantarse por la Constitución como la fuente en la que han de buscarse, en principio, los elementos definidores de la «identidad nacional» referida en el artículo 4.2 TUE, y así lo hacen, expresa o implícitamente, todos los autores.

Partiendo de esa premisa, se impone la pregunta por los «métodos de identificación de la identidad constitucional nacional», a la que se consagra la profesora Constance Grewe en el capítulo 2, con un examen comparado de los preámbulos y de los procedimientos de reforma de las Constituciones nacionales, en la idea de que es ahí donde se localiza la sustancia de la identidad nacional. Muy en particular, en su sistema de derechos fundamentales, un terreno en el que la intersección entre las Constituciones y el Derecho de la Unión plantea las mayores dificultades para la estructura de esta última, como explica Aida To-

rres Pérez en el capítulo 7, dedicado a la difícil articulación entre el artículo 4.2 TUE y el artículo 53 de la Carta.

En cualquier caso, el protagonismo del concepto «identidad nacional» no puede hacer olvidar que, como una realidad conceptual separada, el artículo 4.2 TUE se refiere también a las «funciones esenciales del Estado». La diferencia, sin embargo, como advierte la profesora Maribel González Pascual en el capítulo 8, es irrelevante en la práctica, pues uno y otro cumplen la misma función en su defensa de la diversidad frente a la integración. La cuestión, examinada en ese capítulo, es hasta qué punto esa defensa será capaz de contener la emergencia de un Derecho penal europeo, erigiendo al Derecho penal nacional en la «última línea de resistencia» de los Estados frente al avance de la integración.

Tampoco cabe olvidar, en fin, como escribe Rafael Bustos Gisbert en el capítulo 4, que en no pequeña medida la identidad nacional de los Estados miembros está ya fuertemente impregnada por su condición de integrantes de la Unión. Esa dimensión europea de la propia identidad nacional está también garantizada por el artículo 4.2 TUE, cuya función no es tanto la de revertirla cuanto la de evitar que llegue al punto de hacer irreconocibles los componentes puramente nacionales de la identidad de los Estados. Para ello, sin embargo, es indispensable la colaboración nacional mediante la constitucionalización de «cláusulas europeas». Sin mayor paradoja, el artículo 4.2 TUE será tanto más eficaz para la defensa de la identidad nacional cuanto más en serio se tome el poder constituyente la necesidad de preservarla mediante cláusulas que establezcan con precisión los límites constitucionales de la integración europea.

Si el profesor Bustos Gisbert recuerda que la identidad nacional de los Estados miembros es también una «identidad europea», Daniel Sarmiento advierte de que la Unión tiene asimismo su propia identidad, cifrada en tres ideales normativos (democracia, derechos y solidaridad) y formalizada y hecha efectiva por el Tribunal de Justicia a través de un instrumento que, sintomáticamente, se incorporó al Derecho primario al mismo tiempo que la identidad nacional (1992): la ciudadanía europea. En tanto que instrumento de garantía jurídica del disfrute individual de aquellos ideales, la ciudadanía europea ha puesto en las manos del Tribunal de Justicia un elemento formidable de integración. Con un contenido aún *in fieri*, el Tribunal de Justicia está confiriendo a la ciudadanía de la Unión un estatuto autónomo, negando a los Estados miembros la prerrogativa de la privación arbitraria de la nacionalidad (asunto *Rottmann*) y garantizando el disfrute genuino de la sustancia de los derechos vinculados a la ciudadanía europea aun al precio del sacrificio de un principio tan nuclear como es el de la exigencia de una mínima vinculación comunitaria como condición necesaria para la aplicabilidad del Derecho de la Unión (asunto *Ruiz Zambrano*). En

términos de identidad, la de la Unión no parece mejor dispuesta que la de los Estados miembros a diluirse o desdibujarse en el curso de la integración.

Aunque no es ésta la idea a partir de la cual se estructura el libro, me parece que los capítulos a los que acabo de referirme encuentran su continuidad natural en los que se dedican a la exposición de los resultados alcanzados en distintos Ordenamientos nacionales a la hora de perfilar sus respectivas identidades. En primer lugar, el capítulo 10, en el que Christian Tomuschat describe la experiencia del Tribunal Constitucional alemán, fundamental e imprescindible para entender un concepto que responde, sobre todo, a una preocupación típicamente germana. Así lo confirma el examen de los casos polaco, húngaro y checo, en buena medida resueltos por referencia a la doctrina del Tribunal Federal, según explica Joël Rideau en el capítulo 12, y también el ejemplo español, del que se ocupa Pablo Pérez Tremps en el capítulo 13. En el otro extremo, los dos últimos capítulos se centran en la atención que ha merecido el concepto en la práctica del Tribunal de Justicia (capítulo 14, a cargo de Laurence Burgogues-Larsen) y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este último caso bajo la veste del llamado «margen de apreciación» (Luis López Guerra, capítulo 15).

El contraste entre las consideraciones de principio y la experiencia de su aplicación permite ya plantearse muchas de las cuestiones sustantivas consideradas en otros apartados del libro. Así, una vez identificados los contornos de lo que en la práctica se entiende que es la «identidad nacional o constitucional», cabe preguntarse, en primer lugar, si se trata de un concepto novedoso y, a continuación, cuál puede ser su cometido en la evolución del proceso de integración. Cuestión esta última que se reduce a la que verdaderamente importa: ¿Quién ha de decidir, primero, cuál es la identidad de cada Estado y, segundo, en qué supuestos cabe considerar que su perjuicio puede oponerse al avance de la integración?

En cuanto a lo primero, los autores coinciden en la idea de que la noción de identidad nacional o constitucional no supone, en sí misma considerada, novedad alguna en el Derecho de la Unión. Así, Laurence Burgogues-Larsen pone de manifiesto que la obligación de respetar la identidad de los Estados miembros es tan antigua como los Tratados. Con todo, el Tratado de Lisboa habría supuesto un cierto salto de cualidad en la función de ese concepto, pues, como defiende Giuseppe Martinico en el capítulo 5 (pág. 93), el artículo 4.2 TUE supone la culminación del *crescendo* iniciado con el Tratado de Maastricht en orden a la contención de la «creatividad» interpretativa del Tribunal de Justicia. Los Protocolos Barber (núm. 2) y Grogan (núm. 17) del Tratado de Maastricht,

los artículos 4.2 y 6.3 TEU, las previsiones de la Carta de Derechos en cuanto a la necesidad de interpretarla teniendo en cuenta las leyes y prácticas nacionales (art. 52.3 CDFUE)... constituirían el instrumental de una estrategia dirigida específicamente a interferir en la actividad interpretativa del Tribunal de Luxemburgo. Para un sector de la doctrina, entre los que se cuenta Roberto Toniatti (quien pondera en el capítulo 3 las virtudes de la ambigüedad y la ambivalencia en el proceso de construcción europea y el beneficio que en términos de desdramatización del proceso supone el abandono de la soberanía por la idea de la identidad), ello sólo puede redundar en la superación del modelo jerárquico como pauta de ordenación de las relaciones entre el Tribunal de la Unión y los Tribunales de los Estados miembros, con todos los beneficios que cabe esperar del «diálogo de tribunales» y de las virtudes del llamado «sistema multinivel». Para Giuseppe Martinico —creo que con mejor razón—, cabe más bien esperar un incremento de las situaciones de conflicto.

Pluralismo constitucional y diálogo entre Tribunales aparecen, en fin, respectivamente, como el contexto y el método apropiados para la definición de la identidad nacional y para que su operatividad como principio de contención de la *vis expansiva* del Derecho comunitario lo acredite como elemento constitutivo del ser último de la Unión.

Sin embargo, la realidad no parece estar a la altura del entusiasmo que suscitan el constitucionalismo multinivel y el tan traído y llevado diálogo. En relación con el primero, Héctor López Bofill expone en el capítulo 11 las dificultades que suponen para el paradigma del pluralismo el hecho de que la Unión no sea todavía sino una sociedad de Estados soberanos. Por lo que al diálogo se refiere, la experiencia enseña que, como reconoce Monica Claes en el capítulo 6, el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales no parecen hablar el mismo lenguaje; más aún, ni siquiera es evidente cuál es la voz autorizada por parte de los Estados miembros a la hora de trasladar al Tribunal de Justicia la definición «nacional» de la «identidad constitucional del Estado». En el ámbito interno parece pacífico que la voz más cualificada ha de ser, en su caso, la del respectivo Tribunal Constitucional, pero la comunicación con el Tribunal de Justicia sólo es posible a través del Estado mismo, vale decir, de su Gobierno, de manera que mal puede hablarse de un diálogo jurisdiccional (con toda la impropiedad de la expresión, como luego veremos).

Por lo demás, si se atiende al discurso sobre la identidad impartido desde cada una de las dos orillas es inevitable la conclusión de que, en efecto, los Tribunales en cuestión hablan de cosas muy distintas. Del lado de los Tribunales nacionales, con el Constitucional alemán a la cabeza, la identidad nacional es un remedo apenas disimulado de la idea de soberanía y, en tanto que concepto de

tal calibre, utilizado como un instrumento de advertencia y disuasión frente a las veleidades expansivas de las competencias comunitarias. Del lado del Tribunal de Justicia, sin embargo, como demuestra Laurence Burgogues-Larsen, destaca la «extraordinaria trivialidad» (pág. 276) con la que el Tribunal de la Unión utiliza el concepto de identidad nacional o constitucional; apenas como uno de los posibles factores a considerar como causa justificada de excepción de alguna de las libertades garantizadas por los Tratados. Y a todo ello debe sumarse aún, para dar cumplida satisfacción a esta desatada pasión por el diálogo, la voz del Tribunal de Estrasburgo, a su manera también obligado a respetar una identidad llamada a manifestarse en los contornos del «margen de apreciación».

III

El libro comentado es algo más que la simple exposición del *status quaestionis* de la identidad nacional como categoría del Derecho de la Unión. Entre la ya más que notable bibliografía sobre la materia —con tanta frecuencia tan perfectamente prescindible—, los trabajos editados por Saiz Arnaiz y Alcobarro Llivina destacan por abordarla con inteligente sentido crítico, sin limitarse a la descripción de los avatares puramente circunstanciales de la historia del concepto. Los autores son conscientes de que la identidad nacional es el punto en el que han terminado por converger todas las contradicciones de un proceso de integración que se ha dejado llegar a un punto en el que ya no es fácil ocultarse por más tiempo que su objeto ha terminado por ser la titularidad de la soberanía. La ambigüedad y la ambivalencia ponderadas por Roberto Toniatti han permitido que los actores del proceso de integración avanzaran en la empresa sirviéndose de un mismo lenguaje para significar con él realidades y propósitos contradictorios; en el caso de los Estados, la cesión controlada del ejercicio de algunas facultades soberanas; en el de la Unión, la asunción progresiva de un ámbito competencial que, sin ser originariamente propio, ha logrado para sí la autonomía necesaria para generar una progresiva vocación de universalidad. En este sentido, la Carta de los Derechos ha supuesto, quizás, en el largo plazo, el paso definitivo.

El plazo es, en efecto, muy largo todavía. Pero si la integración no se detiene antes, está en su lógica que termine siendo inevitable preguntarse quién es el soberano, pues en todo proceso de ordenación del poder —y de eso se trata con la Unión—, la coexistencia de soberanos se resuelve con la imposición de un único poder supremo. La idea de que la cuestión de la supremacía puede evitarse mediante el recurso a la composición y al diálogo; de que a la unidad

del poder puede oponerse el pluralismo como fundamento de la ordenación de la violencia del hombre sobre el hombre, es seguramente la ilusión más perturbadora de nuestros días.

En buen medida el libro del que aquí doy cuenta es tributario de esa ilusión, pues prácticamente todos su autores participan, en mayor o menor grado, de la fe en el «diálogo de tribunales» como instrumento más pertinente para la ordenada articulación de los Estados miembros en el seno de la Unión y por referencia a sus instituciones. Me permito discrepar.

Ante todo, porque el culto al diálogo como método para la composición racional de intereses me parece que descansa en un optimismo antropológico con muy escaso fundamento. Pero, en particular, porque es un método incompatible con el ejercicio de la jurisdicción. Los Tribunales no dialogan; dicen el Derecho y son oídos y acatados. En su caso, pueden ser contestados ante un Tribunal superior. O pueden serlo por el sujeto del que procede la norma que han interpretado si lo han hecho en un sentido que aquél considera inconveniente. En ninguno de estos supuestos puede hablarse con propiedad de diálogo, sino simplemente de ejercicio de la autoridad.

La historia de la cláusula de la «identidad nacional» suele explicarse como el resultado del diálogo mantenido en los últimos cuarenta años entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional alemán. Ha sido más bien, sin embargo, el resultado de un pulso entre ambos Tribunales; o, más precisamente, el fruto de la amenaza de conflicto esgrimida por el Tribunal Federal en su intento por preservar un ámbito inaccesible a la jurisdicción de Luxemburgo. Un intento, en definitiva, de marcar el territorio del poder de cada cual, calibrando a cada paso la verdadera fortaleza del oponente. Puro juego de poder que a día de hoy, tras el arriesgado envite que representó *Solange*, se ha ido resolviendo con el avance de las posiciones del Tribunal de Justicia según acredita el progresivo repliegue del Tribunal Federal (v. gr., entre otros, el caso *Honeywell* y, pese a todo, la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa o, más recientemente, la cuestión prejudicial planteada en relación con el pretendido *ultra vires* de la decisión del Banco Central Europeo de 6 de septiembre de 2012 sobre operaciones de compraventa del Eurosistema).

Ciertamente, en un juicio apresurado cabría pensar que la proclamación de la identidad nacional como un límite impuesto a los poderes de la Unión por el Derecho primario supone el triunfo de los Estados miembros en la disputa por el poder último e incontestable. Una consideración más detenida lleva a concluir más bien lo contrario, toda vez que, con su inclusión en los Tratados, la identidad de los Estados no puede ya ser otra cosa que lo que decida el Tribunal de Justicia. Sin duda se servirá éste de la interpretación cualificada que de su pro-

pia identidad le facilite cada Estado, pero, como categoría propia (y autónoma) del Derecho de la Unión, la identidad nacional jurídicamente relevante habrá de ser la definida por el intérprete supremo de ese Derecho. Al cabo, si el reconocimiento de la identidad nacional por los Tratados es un triunfo para alguien no será, desde luego, para los Estados miembros.

National Constitutional Identity and European Integration lleva al lector a plantearse, entre otras, esta primera cuestión de principio. Supone, por ello, una genuina provocación intelectual que sólo cabe agradecer y celebrar.