

LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS: DOS RELATOS EUROPEOS

Pedro CRUZ VILLALÓN *

Resumen

La identidad constitucional, en tanto que categoría derivada de la identidad nacional, ha sido objeto de dos tratamientos claramente diferenciables por parte, en un caso, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por parte de los Tribunales superiores nacionales, usualmente constitucionales, de los Estados miembros, en otro. Mientras los Tribunales nacionales adoptan la categoría de identidad constitucional como vehículo conceptual del fondo de poder indelegable de los Estados miembros, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ofrece la imagen de una identidad constitucional susceptible de operar en el día a día de las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho de los Estados miembros, como un valor relativo, que se ha de ponderar junto a otros en el contexto, particularmente, de las justificaciones a las restricciones de las libertades fundamentales.

Abstract

Constitutional identity as a category derived from national identity has been treated in clearly different ways by the Court of Justice of the European Union on the one hand and the highest national courts, usually constitutional courts, of Member States on the other. While national courts adopt the category of constitutional identity as a conceptual vehicle for those powers of Member States that cannot be delegated, the jurisprudence of the CJEU reflects an approach to constitutional identity that can be applied in the day-to-day relations between EU law and the law of the Member States as a relative value, to be weighed along with other values particularly in the context of justifying restrictions of the fundamental freedoms.

Palabras clave

Derecho de la Unión Europea, Constituciones de los Estados miembros, identidad nacional, identidad constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunales Constitucionales.

* Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Opiniones expresadas a título personal.

Key words

European Union Law, Constitutions of the Member States, national identity, constitutional identity, Court of Justice of the European Union, constitutional courts.

SUMARIO: I. «Identidad nacional» como «identidad constitucional»: Origen y evolución de su plasmación en el TUE; II. Dos relatos europeos; 1. Identidad «con mayúscula»: la versión de los Tribunales Constitucionales; a) La identidad como cifra de la esencialidad: Lisboa en la jurisprudencia constitucional; b) Dos respuestas diferentes: Honeywell y Landtovà; 2. Identidad «con minúscula»: la versión del TJUE; III. Un intento de evaluación. 1. La opción del TJUE: un fundamento fuerte para el pluralismo en el orden de la Unión; 2. La opción de los Tribunales Constitucionales: una oportunidad para la colaboración entre los órdenes jurisdiccionales; IV. Consideración final.

«La identidad de la Constitución, que no cabe delegar ni integrar (art. 79.3 de la Ley Fundamental), encuentra correspondencia en el deber que impone el Derecho de la Unión de respetar el poder constituyente de los Estados miembros en tanto que “señores de los Tratados”. En el marco de su competencia, al Tribunal Constitucional Federal le corresponde controlar, en su caso, el que estos principios (los del art. 79.3) sean respetados.»

(Sentencia del TCF alemán de 30 de junio de 2009, 235, *Lisboa*.)

«A este respecto, debe admitirse que, en el contexto de la historia constitucional austriaca, la Ley de abolición de la nobleza, en tanto que elemento de la identidad nacional, puede ser tomada en consideración a la hora de ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión.»

(Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*.)

EN el curso de la última década una misma noción, «identidad constitucional», singularmente la de los Estados miembros de la Unión Europea, ha pasado a ocupar un puesto de relativa importancia en la jurisprudencia europea, digámoslo de momento así, si bien con «funcionalidades» claramente diferenciadas. En efecto, según se trate de los pronunciamientos al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, «TJUE»), por un lado, o de los tribunales superiores, usualmente constitucionales, de los Estados miembros (a los que, por comodidad del lenguaje, me referiré como «Tribunales Constitucionales»), por otro, el mismo término, «identidad constitucional», aparecerá en contextos y con sentidos llamativamente diferentes. Hasta tal punto es esto así que habría que preguntarse si, paradójicamente, la identidad constitucional carecería ella misma de identidad (1).

(1) En general, sobre la identidad constitucional, cfr. BESSELINK, L., «National and constitutional identity before and after Lisbon», *Utrecht Law Review*, 6, 3, Nov. 2010; CONSTANTINESCO, V., *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales, convergence ou contradiction, contrepoint ou hiérarchie?*, Mélanges Philippe Manin, pp. 79 y ss.; OPPERMANN, Th., *Nationale Identität und supranationale Homogenität*; VOSSKUHLE, A., «Stabilität,

En las páginas que siguen, trataré de proponer una comprensión de este fenómeno. En realidad, más bien tendría que decir que lo que a continuación puede leerse no es sino un primer intento de explicarme a mí mismo la situación imperante. ¿Es posible apreciar aquí el punto de partida de un diálogo entre Tribunales o se trata más bien de un inevitable diálogo de sordos? ¿Tienen cabida dos funcionalidades aparentemente tan dispares de la identidad constitucional o, por el contrario, debe asumirse que la una excluye inevitablemente a la otra?

En términos todos ellos muy sencillos, tanto que no estoy convencido de su legitimidad, me ocuparé en primer lugar de precisar en qué sentido hablo aquí de «identidad constitucional», como elemento o dimensión de la «identidad nacional» proclamada en el Derecho primario de la Unión (I). En segundo lugar, expondré sucesivamente los que me parecen dos «relatos» diferentes, el de los Tribunales Constitucionales y el del TJUE (II). Finalmente trataré de hacer alguna propuesta de evaluación respecto de ambas líneas de jurisprudencia (III).

I. «IDENTIDAD NACIONAL» COMO «IDENTIDAD CONSTITUCIONAL»: ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE SU PLASMACIÓN EN EL TUE

Conviene comenzar recordando cómo, desde el 1.º de noviembre de 1993, con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, la noción de «identidad nacional» pasó a formar parte del derecho primario de la Unión. El entonces artículo F (apartado 1.º) del Tratado de la Unión Europea (TUE) proclamó en términos muy escuetos, casi herméticos: «La Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros».

Habría que ver en seguida qué podía significar, ya entonces, «identidad nacional», ante la falta de precedentes y a falta de mayor precisión en este primer enunciado del concepto. Pero este solo dato –cronológico– nos permite poner de manifiesto cómo «Unión Europea», «ciudadanía europea» e «identidad nacional» son nociones coetáneas. Su aparición simultánea como categorías básicas del Derecho de la Unión lleva a pensar, y en todo caso a no excluir, que alguna de estas categorías haya nacido en función de la aparición de otras. La consideración que invariablemente cabe encontrar en los comentarios al referido precepto es que nació con la evidente voluntad de contrapesar las otras dos nociones, y en particular la de «ciudadanía europea». La Unión y «su» ciudadanía debían nacer con un enérgico recordatorio de la autonomía –en el sentido fuerte de la expresión– de las unidades políticas preexistentes integrantes de la Unión.

A partir de tan escueta proclamación en el momento de su nacimiento la fórmula ha ido enriqueciéndose, y acaso complicándose, en beneficio de ciertas pistas interpretativas respecto de su alcance y significado. De este modo, y en primer lugar, el Tratado de Ámsterdam le incorporó un breve añadido, del siguiente tenor, en el que pasaría a ser artículo 6 TUE: «La Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros, “cuyos sistemas de gobierno se fundan en los principios democráticos”».

Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung», *Juristenzeitung*, 64, 2009, pp. 19, 918-924; WALTER, M., «Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzepte und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive», *ZaöRV* 72 (2012), pp. 177-2000.

El añadido tiene, en mi opinión, una capacidad interpretativa clara: la «identidad nacional», a la que el ahora artículo 6 TUE alude, se reconduce primordialmente al ámbito de lo político, de lo estatal. Ante todo, el añadido tiene el sentido evidente de imponer un nivel mínimo de homogeneidad político-constitucional: el que resulta de la exigencia de un inequívoco fundamento democrático en los «sistemas de gobierno» de los Estados miembros.

De este modo, la «identidad nacional» de cada Estado, que la Unión está llamada a respetar, encuentra un límite expreso. El poder dispositivo que los Estados conservan no alcanza a establecer sistemas de gobierno que «no» se funden en sistemas democráticos. Este límite expreso desaparecerá más adelante del texto del precepto, pero su presencia implícita no es difícil de descubrir a partir de un análisis sistemático del mismo.

Pero, al mismo tiempo, el apéndice en cuestión ayuda a aclarar que «identidad nacional» es, en una primera acepción, esencialmente identidad «estatal», vale decir, garantía de estatalidad. La soberanía no está proclamada, pero se sobreentiende. La cautela se explica precisamente en razón de lo que está entendido, que estamos en presencia de Estados. En todo caso, desde Ámsterdam hay constancia expresa de que esta estatalidad solo puede ser «constitucional» en el sentido material del término: la referencia a los «fundamentos democráticos» debe entenderse en un sentido amplio de constitucionalidad material. Los Estados miembros, siendo como son «Estados», han de ser Estados materialmente constitucionales.

Una segunda ocasión de precisar la noción de identidad nacional supuso el «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», que, si bien quedó formalmente frustrado, dio esencialmente la pauta del actual orden constitucional de la Unión tal como resulta del Tratado de Lisboa. En efecto, el artículo 5, apartado primero, de la Primera Parte de dicho Tratado, tal como fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, proponía la siguiente fórmula: «La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras políticas y constitucionales de estos, también en lo que respecta a la autonomía regional y local. Respetará las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y la seguridad interior».

La formulación que se proponía en el Tratado Constitucional interesa ante todo por ser, como decía, el que en buena medida se encuentra vigente. Conviene destacar que es en este momento cuando se produjo expresamente la entrada de «lo constitucional», como calificativo: La «identidad nacional» con arreglo al mismo, «encontraría expresión» (versión alemana) en sus estructuras políticas «y constitucionales». Otras versiones como la francesa o la española vienen a poner el acento en lo innato, lo inseparable, lo «inherente»: las estructuras fundamentales políticas y constitucionales propias de cada Estado estarían en la base de la respectiva «identidad nacional». En definitiva, parece legítimo concluir que el compromiso de la Unión de respetar la «identidad nacional» equivale al compromiso de respetar las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros.

Conviene sin embargo advertir, antes de seguir adelante, de la escasa relevancia de la dualidad conceptual expresada en los términos «estructuras fundamentales “políticas”» y «estructuras fundamentales “constitucionales”». Es suficiente a estos efectos suponer que se ha querido evitar el que las estructuras fundamentales

del Estado en cuestión sean, de manera obligatoria, «formalmente» constitucionales. Dicho de otra manera, la posibilidad de un constitucionalismo «no escrito», en el nivel de los Estados miembros, es lo que se quiso dejar implícito. Es suma, es perfectamente posible quedarse con la fórmula simplificada «estructuras fundamentales constitucionales», sin perder nada de la expresión.

Siguiendo con la formulación del Tratado Constitucional, un nuevo inciso viene a reforzar la garantía de la estatalidad, es decir, de la identidad nacional como identidad estatal: El mandato inequívoco, cuyo destinatario es la Unión, de respetar «las funciones esenciales del Estado», así en singular, y por tanto en abstracto. Y el mismo apartado, en lo que aparece como una continuación de la glosa de la noción de identidad como identidad estatal, en un inciso nuevo, hace referencia explícita a las funciones estatales esenciales. La garantía del respeto de las funciones esenciales del Estado es expresión de una «reserva de estatalidad», en el marco de la cual se destaca, en particular, la garantía de la integridad territorial, el orden público y la seguridad interior.

A partir del frustrado texto de 2004, el de 2009, el vigente art. 4.2 TUE, tal como resulta del Tratado de Lisboa, recoge básicamente la formulación del primero, con las novedades, secundarias a los efectos de este texto, que a continuación cabe subrayar: «La Unión respetará “la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como” la identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, “también en lo referente a la autonomía regional y local”. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. “En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva del Estado”».

El precepto comienza por una referencia expresa a la igualdad de (léase «entre») los Estados miembros, que no nos va a interesar aquí, para continuar con el enunciado central del Tratado constitucional. Más interés ofrece el que se haya incorporado la dimensión territorial, potencialmente compleja, de las estructuras constitucionales básicas.

No debe olvidarse, dicho sea de paso, que, desde un punto de vista sistemático, el artículo 4 es el artículo por excelencia «de» los Estados miembros (2). Y su apartado segundo, el que nos interesa, viene a situarse entre lo que no es sino la anticipación del principio de atribución, que aparecerá proclamada en el primer apartado del artículo siguiente, y un tercer y último apartado consagrado al modo e incluso al espíritu con arreglo al cual los Estados miembros están llamados a cumplir las obligaciones derivadas de su condición de Estado miembro.

Dando un paso más, cabría decir que el art. 4.2 TUE consagra, a la vez que la estatalidad –material y genéricamente constitucional-, la constitucionalidad «singular» de los Estados miembros. Por un lado, el precepto mantiene el compromiso, ya señalado, de «respeto» a las «funciones esenciales» del Estado. El art. 4.2 TUE tiene, por tanto, un primer sentido, la proclamación de la identidad «estatal» de los Estados, especificada en el respeto de las funciones esenciales «del Estado» en abstracto.

Y entiendo que no debe perderse de vista esta primera perspectiva, en la medida en que apunta a un momento de «genericidad». Los Estados miembros siguen sien-

(2) Su equivalente en el Tratado Constitucional, cuyos artículos sí llevaban un nombre o título, llevaba por encabezamiento «Relaciones entre la Unión y los Estados miembros».

do Estados, e incluso podría añadirse que siguen siendo, como sabemos, «igualmente» Estados. La garantía de la integridad territorial, por poner el ejemplo más evidente, en cuanto «función esencial» del Estado, se le respeta a todos ellos por igual. No es necesario, ni posible, establecer a este respecto diferencias entre unos y otros.

Puede decirse inmediatamente que no es esta vertiente del art. 4.2 TUE, la de la garantía de la identidad «estatal» (genérica y materialmente constitucional), la que nos plantea problema. El problema viene determinado por el momento de la «singularidad», igualmente presente hoy día en dicho precepto. Porque así como sus primeras formulaciones podrían ser entendidas en clave de exclusiva «identidad estatal», como categoría abstracta y tratamiento igualitario, las sucesivas formulaciones (Tratado Constitucional, Lisboa) ya nos abocan, o así en todo caso se ha entendido, al momento de la singularidad. Los Estados no solo son genéricamente Estados, sino que son también «singularmente» Estados, quiere decirse, formaciones políticas relativamente singulares, con una identidad propia: no en cuanto Estados, en tanto que tales, pero sí en lo que hace a sus estructuras constitucionales básicas. La constitucionalidad de los Estados no solo admite sino que incluso ve reconocido un elemento de singularidad.

Identidad propia no quiere decir en absoluto identidad única e irrepetible. Pero si implica en todo caso ausencia de uniformidad. Así, por poner el ejemplo más claro, porque es el que el artículo 4.2 TUE enuncia expresamente, la condición federal o, en su caso, políticamente descentralizada del Estado miembro, no es, en los hechos, una condición única, pero sí responde ya al «momento» de la singularidad, al momento de las opciones legítimas de cada Estado (3). En todo caso, resulta claro a partir de este solo ejemplo que el respeto a las estructuras fundamentales constitucionales de «cada» Estado miembro es el núcleo de la garantía de la identidad constitucional, singularmente considerada.

Como resultado de todo ello, propondría una comprensión compleja de la «identidad nacional» del artículo 4.2 TUE en la que se incluiría tanto la identidad estatal (implícitamente constitucional, en su sentido genérico) como la identidad constitucional «específica». Dicho esto, la «identidad nacional» que en adelante me interesará comentar es la que apunta a una garantía de la especificidad constitucional. Creo que es aquí donde se estaría librando la batalla por la interpretación de esta categoría, tanto en términos abstractos como concretos.

II. DOS RELATOS EUROPEOS

La identidad constitucional, en el sentido que he intentado precisar, ha supuesto el punto de partida, como señalaba desde el principio, de dos construcciones

(3) Lo mismo puede decirse, por incorporar una noción no por implícita menos clara, de la disyuntiva monarquía/república. Es claro, al menos en mi opinión, que la Unión, en tanto que tal, solo puede ser «republicana». Y sin embargo también es claro, igualmente en mi opinión, que los Estados miembros pueden o están autorizados a ser monárquicos (siempre, desde luego, con arreglo a las pautas propias del régimen parlamentario). Esto es al menos así, sin querer complicar excesivamente las cosas, respecto de aquellos «que ya lo son», es decir, respecto de los que lo eran en el momento de su ingreso en la Unión.

jurisprudenciales muy diferentes, procedentes de los Tribunales Constitucionales, la una, y del TJUE, la otra. Partiendo de la simultaneidad de ambos procesos argumentativos, en consideración a lo que me parece una mayor claridad expositiva, comenzaré por el análisis de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales nacionales.

1. IDENTIDAD «CON MAYÚSCULA»: LA VERSIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Un grupo, suficientemente numeroso, de Tribunales Constitucionales, notablemente con ocasión del proceso de ratificación del Tratado de Lisboa, ha acogido el argumento de la identidad constitucional como reducto –último– de la potestad originaria de los Estados, y más en concreto como fundamento de la reivindicación de una específica competencia jurisdiccional: Me fijaré en particular en el caso del TCF alemán, pero hay otros. Este apartado tiene, sin embargo, una segunda parte que permite hacer ver, de manera a mi juicio muy plástica, hasta qué punto puede ser diferente el ejercicio efectivo de la competencia reivindicada por los Tribunales constitucionales, según los casos: véanse las experiencias del Tribunal alemán (*Honeywell* como respuesta a *Mangoldt*) y del Tribunal checo (*Pl. US 19/08, K.H.* como respuesta a *Landtovà*).

A) La identidad como cifra de la esencialidad: «Lisboa» en la jurisprudencia constitucional

A lo largo de la última década, a partir de una fecha que se puede hacer coincidir con los procesos de ratificación del finalmente frustrado Tratado Constitucional, los Tribunales Constitucionales han tendido a hacer uso del lenguaje «identitario» con cierta preferencia respecto del lenguaje «soberanista» o «esencialista». Si esto último era todavía el caso respecto de la Declaración del Tribunal Constitucional español de 13 de diciembre de 2004, otros tribunales irían progresivamente incorporando el lenguaje de la «identidad».

Por orden de antigüedad, las primeras referencias a la identidad constitucional habría que atribuir las a los tribunales franceses y, más en concreto, al Consejo Constitucional, en cuya sentencia de 27 de julio de 2006 hay una temprana referencia a la «identidad constitucional de Francia». Un año antes, su Presidente, de forma lapidaria, haría coincidir la identidad constitucional francesa con «l'essentiel de la République».

Ya en 2008, el Tribunal Constitucional de la República Checa, en el complicado proceso previo a la ratificación del Tratado de Lisboa, se sirvió de la noción de identidad a la hora de marcar los límites de la integración europea. En su sentencia de 26 de noviembre se expresaba en los siguientes términos: «El Tribunal Constitucional de la República Checa podrá también... funcionar como *ultima ratio*, pudiendo controlar si un acto cualquiera de las instituciones europeas se produce con exceso de los poderes que la República Checa transfirió a la Unión Europea con arreglo al artículo 10.º de la Constitución. No obstante, el Tribunal Constitucional entiende que tal situación solo puede ocurrir en supuestos enteramente excepcionales; tal

cosa podría ocurrir, en particular, en un caso de desconocimiento de la identidad de los valores y, como ya señalado, en exceso de las competencias conferidas» (4).

Del anterior pasaje interesa retener la previsión de que la constatación de un supuesto de transgresión de la identidad constitucional por parte del Tribunal Constitucional solo podría producirse de forma muy excepcional.

La resolución con más impacto e influencia acaso sea la del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009, referida igualmente al Tratado de Lisboa. En esta sentencia se contiene una especificación del contenido material de la identidad constitucional alemana, protegida además por la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 de la Ley Fundamental. A partir de aquí, el Tribunal reivindica una competencia propia de «control de identidad». El Tribunal Constitucional pudo apoyarse en varias referencias contenidas ya en la sentencia Maastricht de 13 de octubre de 1993 (5).

B) Dos respuestas diferentes: *Honeywell* y *Landtovà*

No parece aventurado proponer un paralelismo entre el modo de reaccionar por parte de dos Estados miembros ante una determinada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que supuestamente atentaría contra la respectiva identidad constitucional. Me refiero a los conocidos como caso *Honeywell* en Alemania y *Landtova* en la República Checa.

Este paralelismo debe pasar por alto las muchas diferencias entre ambos casos, la principal de las cuales radica en la distinta extensión del rechazo a la respectiva sentencia, mucho más amplio y generalizado por lo que hace a *Mangold*, mucho más confinado en el Tribunal Constitucional de la República Checa por lo que hace a *Landtovà*.

Honeywell es una sentencia del Tribunal Constitucional Federal que se sitúa en la estela de, por una parte, una sentencia del TJUE, que fue recibida de forma particularmente airada en Alemania, la sentencia *Mangold*, y por otra, la referida sentencia del propio Tribunal Constitucional relativa al Tratado de Lisboa. En principio, *Honeywell* debía permitir al Tribunal Constitucional «dar respuesta» a la sentencia *Mangold*, situándolo ante la disyuntiva de acatar o rechazar *Mangold*. Tal como quedó, sin embargo, *Honeywell* vino sobre todo a puntualizar el alcance del pronunciamiento de 2009 con ocasión del Tratado de Lisboa.

En este resultado final no hay sin embargo nada de extraño. Si la sentencia «Lisboa» de Karlsruhe había proclamado una serie de tesis de muy largo alcance respecto de límites inmanentes a la integración europea y en particular respecto del alcance de tales límites, *Honeywell* debía dar la oportunidad al Tribunal Constitucional de declarar que esos límites habían sido rebasados (*ultra vires*) en *Mangold*.

(4) Traducción propia de la traducción inglesa.

(5) El artículo 79.3 de la Ley Fundamental expresa la identidad constitucional de la República Federal, el límite de la identidad constitucional no disponible (218, 235). Control de identidad (240). Con cita de la sentencia Maastricht, de 13 de octubre de 1993: «El Tratado crea un “Staatenverbund” europeo, apoyado en los Estados miembros en el respeto de su identidad nacional...», «Zugleich (213) achtet die Union nach Art F, Abs. 1 EUV die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, deren Regierungssysteme auf demokratischen Grundsätzen beruhen».

Honeywell declara, con un solo voto sobre ocho en contra, que tal cosa no ha tenido lugar. La sentencia, ciertamente, va acompañada de un voto particular que afirma con rotundidad que *Mangold* supuso una actuación *ultra vires*. Pero el resto de la Sala respalda una resolución que desautoriza tal reproche. Para ello, sin embargo, el Tribunal Constitucional incorpora una serie de precisiones a la sentencia Lisboa que le permiten alcanzar tal resultado (6).

Honeywell subraya la excepcionalidad que por su propia naturaleza corresponde a una declaración de *ultra vires*. Pero sobre todo incorpora una previsión que va a situarse en abierto contraste con la actuación del Tribunal Constitucional de la República Checa. «De forma previa a una apreciación de actuación *ultra vires* por parte de los órganos e instituciones de la Unión, debe darse al TJUE la oportunidad, por la vía de una cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, de interpretar y decidir sobre la validez de la actuación en cuestión» (60).

En el contexto del párrafo en el que esta declaración se incorpora no es difícil alcanzar la conclusión de que el Tribunal Constitucional anuncia que no apreciará una actuación *ultra vires* del TJUE sin previamente haber ofrecido a este la oportunidad de llevar a cabo el examen del caso desde la perspectiva del principio de atribución.

Por contraste, la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional checo de 31 de enero de 2012, anulando una sentencia del Tribunal Administrativo Supremo de 31 de agosto de 2011 («pensiones eslovacas») declara directamente, con un solo voto en contra, que el TJUE ha actuado *ultra vires* al apreciar (sentencia de 22 de junio de 2011, *Marie Landtovà*, C-399/09) que el complemento previsto exclusivamente para las pensiones eslovacas de ciudadanos checos residentes en la República Checa es contrario al Derecho de la Unión (7).

El Tribunal Constitucional checo, en una resolución sin precedentes (sentencia *Pl. US 19/08*, de 31 de enero de 2012, *K.H.*), reaccionó frente a la sentencia del TJUE en el caso *Landtovà* con una declaración de *ultra vires*, cuyas líneas más expresivas merecen ser reproducidas *in extenso*: «A partir de los principios expresamente afirmados en la sentencia del Tribunal Constitucional... no podemos sino declarar, respecto de los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea... en casos análogos, que en aquel caso se produjeron excesos por parte de una institución de la Unión, que se dio lugar a una situación en la que un acto de una institución de la Unión Europea excedió los poderes que la República Checa transfirió a la Unión Europea con base en el artículo 10.º de la Constitución; ello excedió el ámbito de los poderes transferidos, y fue *ultra vires*» (8).

(6) *Honeywell* (6.7.2010). cc) Die *ultra vires* Kontrolle darf nur europafreundlich ausgeübt werden. Voto particular del Magistrado Landau: «La mayoría de la Sala fuerza las exigencias reclamadas para un supuesto de constatación de una actuación *ultra vires* y en esa medida se aparta sin razones convincentes de la sentencia recaída respecto del Tratado de Lisboa» («Die Senatsmehrheit überspannt die Anforderungen an die Feststellung eines *Ultra-vires*-Handelns der Gemeinschafts- oder Unionsorgane durch das BVerfG und weicht insofern ohne überzeugende Gründe von dem Senatsurteil zum Vertrag von Lissabon»).

(7) A los efectos de entender una cierta predisposición por parte del Tribunal Constitucional checo a declarar límites inmanentes, si bien en otro ámbito, ver su sentencia de 10 de septiembre de 2009, respecto del poder de reforma de la Constitución: la disolución anticipada del Parlamento por ley constitucional vulneraría el principio de generalidad de la ley en tanto que una exigencia inexcusable del Estado de Derecho y con ello el núcleo duro de la Constitución.

(8) Traducción mía, a partir de la traducción inglesa de la sentencia.

El último episodio de lo que se muestra como el primer pulso entre un Tribunal Constitucional y el TJUE viene representado por la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Administrativo en el asunto que lleva el número C-235/12. La cuestión prejudicial es la reacción de este Tribunal a la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2012, la tercera de cuyas preguntas merece ser reproducida literalmente: «¿El derecho de la UE se opone a que un Tribunal nacional, que es la instancia superior del Estado en el ámbito contencioso-administrativo y cuyas resoluciones no pueden ser objeto de recurso, esté vinculado por la apreciación jurídica del Tribunal Constitucional de la República Checa cuando la apreciación de este no parezca conforme al Derecho de la Unión tal como lo ha interpretado el TJUE?».

En principio, podría parecer que la pregunta no tiene que ser respondida en términos muy diferentes a los que, por ejemplo, se dieron en el caso «Cordero Alonso», es decir, la interpretación dada por un Tribunal Constitucional desde la perspectiva del propio ordenamiento constitucional no condiciona el sometimiento a la interpretación del Derecho de la Unión dada por el TJUE (9). La diferencia en este caso, sin embargo, es que aquí, en el caso checo, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no antecede sino que «sigue» y es respuesta al pronunciamiento del TJUE. Las circunstancias del caso, por tanto, invitan a esperar con interés la respuesta del TJUE.

2. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL «CON MINÚSCULA»: LA VERSIÓN DEL TJUE

En octubre de 2004, días antes de la firma del Tratado Constitucional, el Tribunal de Justicia aceptó determinadas restricciones a la libertad de prestación de servicios con fundamento en una comprensión nacional particularmente enérgica de la noción de dignidad humana. El caso *Omega* concernía a la prohibición de un llamado «lasérdromo», juego en el curso del cual se producían virtualmente muertes violentas («jugar a matar»). El Tribunal de Justicia, apartándose de la propuesta de la Abogada General (10), entendió que la restricción de la libertad de prestación de servicios que la prohibición de la citada instalación de juegos suponía podía ser justificada a través de la especial consideración del valor de dignidad humana en el Derecho constitucional de la República Federal de Alemania (11).

El 22 de diciembre de 2010, la Sala Segunda del Tribunal de Justicia, en el asunto C-209/09 (*Ilonka zu Sayn-Wittgenstein*), declara que la identidad republica-

(9) (C-81/05).

(10) Conclusiones de la Abogada General Stick-Hackl: «107. En el presente asunto, el planteamiento común a los Estados miembros no debe verse, en particular, en la configuración concreta –nacional– de la protección de la dignidad humana –que en este caso desembocó en la orden gubernativa controvertida–, sino en la coincidencia fundamental de los valores por lo que respecta a la posición que debe ocupar la dignidad humana en el respectivo Derecho nacional y en el Derecho comunitario».

(11) Sentencia de 14 de octubre de 2004 C-36/02. «37. No es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida con el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo compartido... 39. En el presente caso, por una parte, procede señalar que... corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional ha querido garantizar en el territorio de la RFA».

na de Austria le permite justificar una restricción a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión, derivada del registro del apellido de una ciudadana austriaca en términos diferentes a como se encontraba registrada en Alemania y como había estado registrada pacíficamente en Austria durante 15 años: «(52)...el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad... (71)...la negativa, de las autoridades de un Estado miembro, a reconocer, en todos sus elementos, el apellido de un nacional de dicho Estado... constituye una restricción a las libertades reconocidas por el artículo 21 TFUE a todo ciudadano de la Unión. Sobre la existencia de una justificación: «(74)El Gobierno austriaco, en particular, alega que las disposiciones controvertidas en el litigio principal pretenden garantizar la identidad constitucional de la República de Austria... (83) A este respecto, debe admitirse que, en el contexto de la historia constitucional austriaca, la Ley de abolición de la nobleza, como elemento de la identidad nacional, puede ser tenida en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión. (84) La justificación invocada por el Gobierno austriaco en referencia a la situación constitucional austriaca ha de interpretarse como una invocación de orden público. (91)El TJ ha precisado a este respecto que no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados... (92) ... procede recordar que, de conformidad con el artículo 4 TFUE, apartado 2, la Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros, de la que forma también parte la forma republicana del Estado».

Junto a estas dos sentencias del TJUE, me limito a reseñar que varias otras desarrollan, con una u otra conclusión, esta problemática: ver las sentencias recaídas en los casos *Runevic-Vardin* (12), *O'Brien* (13) y *Las* (14).

III. UN INTENTO DE EVALUACIÓN

Si hubiera que resumir el balance que ofrece cada una de las «funcionalidades» de la identidad constitucional, tal como resultan de las sedes jurisdiccionales reseñadas, tendríamos, por un lado, una categoría expresiva de la capacidad de resistencia última de los Estados miembros, por otro lado, una pieza operativa en circunstancias mucho más ordinarias, pero de limitado alcance. Comenzaré esta vez por el caso del TJUE, en un ejercicio de ecuanimidad.

(12) Sentencia *Runevic-Vardin* (C-391/09) de 12 de mayo de 2011. Normas nacionales (lituanas) que imponen una determinada ortografía que exige alterar la de apellidos con origen en otro Estado miembro (Polonia).

(13) Sentencia *O'Brien* (C-393/10) de 1 de marzo de 2012. «49. La alegación del Gobierno letón de que la aplicación del Derecho de la Unión al poder judicial implicaría vulnerar las identidades nacionales de los Estados miembros, infringiendo el art. 4.2 TUE, no desvirtúa estas apreciaciones. En efecto, procede señalar que la aplicación, en relación con los jueces a tiempo parcial retribuidos sobre la base de honorarios diarios, de la Directiva 97/81 y del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial no puede afectar a la identidad nacional y únicamente persigue, en cambio, que se beneficien del principio general de igualdad de trato, que es uno de los objetivos de estos textos, y por tanto, protegerlos contra las discriminaciones con respecto a los trabajadores a tiempo parcial (debe querer decir «completo»).

(14) Sentencia *Las* (C-202/11) de 16 de abril de 2013.

1. LA OPCIÓN DEL TJUE: UN FUNDAMENTO FUERTE PARA EL PLURALISMO EN EL ORDEN DE LA UNIÓN

La jurisprudencia del TJUE sobre la identidad nacional muestra, en mi opinión, dos rasgos que merecen ser destacados: en primer lugar, su marcada inserción en el contexto, bastante usual, de la evaluación de la justificación suficiente de un supuesto de restricción a alguna de las libertades fundamentales; en segundo lugar, la toma en consideración de la circunstancia de que la disposición del Derecho nacional forme parte de la respectiva Constitución nacional.

Comenzando por el primero de estos rasgos, casos como *Omega* o *Sayn-Wittgenstein* ponen de manifiesto cómo el lugar predominantemente asignado a la identidad nacional es el de aparecer como un argumento legítimo a la hora de ponderar si la restricción, ya sea a la libertad de prestación de servicios y libre circulación de mercancías (*Omega*), ya sea la de libre circulación de personas (*Sayn-Wittgenstein*), está justificada por argumentos ligados a la identidad nacional o constitucional, la dignidad de la persona en el primer caso, la identidad republicano-igualitaria en el caso de Austria.

Esta «funcionalidad» reconocida por el TJUE a la identidad constitucional merece recibir particular atención. Por un lado, la identidad constitucional recibe «carta de naturaleza» en el contexto de la interpretación del Derecho de la Unión. La identidad constitucional resulta «alegable» ante una problemática tan usual como es el de la justificación a una determinada situación de restricción a una libertad. Y no es tan difícil conectar una determinada restricción con una determinada visión de los valores constitucionales nacionales. La identidad nacional encuentra así una puerta de entrada muy ancha en la argumentación de los Estados.

Por otro lado, esa puerta de entrada tan ancha tiene una contrapartida, la relativización de la identidad constitucional. La identidad constitucional, una categoría que parece llamada a escribirse con mayúscula, dada su sede, el Título I del TUE, una categoría para las grandes ocasiones, puede convertirse en una herramienta de uso casi cotidiano por parte de los Estados miembros. La identidad constitucional, en particular, tiene que convivir con el resto de los argumentos que deben dar la respuesta a si concurre una excepción de orden público.

La identidad constitucional puede ser alegada, con escasas reservas, por parte de los Estados, pero al coste de tener que competir con una pluralidad de categorías y, en particular, con un juicio de proporcionalidad. La identidad constitucional es admitida sin problemas como argumentación de principio, pero a costa de perder cualquier eventual carácter absoluto.

Hay por tanto en la jurisprudencia del TJUE una clara «relativización» del valor de la identidad constitucional. La identidad viene a asumir el carácter de una especie de «peculiaridad» constitucional, ciertamente atendible, pero solo en lo que finalmente valga.

El segundo rasgo que deja entrever la jurisprudencia del TJUE sobre la identidad constitucional es el de una mayor sensibilidad, podríamos expresarlo así, hacia la circunstancia de que la actuación del Estado puesta en cuestión encuentre un fundamento directo en la respectiva Constitución nacional. No es algo que deba sorprender, en la medida en que el modo más evidente de argumentar respecto de la propia identidad constitucional es haciéndola conectar con la Constitución

nacional. *Sayn-Wittgenstein* sería el caso más expresivo de una conexión directa, *Omega* por su parte sería un buen ejemplo de conexión implícita.

¿Puede esto tomarse como un síntoma de reconocimiento de una *singularización* de la posición de las Constituciones nacionales, como categoría, en el «Verfassungsverbund» europeo? (15) La respuesta a esta cuestión está muy condicionada, en mi opinión, por la reflexión anterior. Si el argumento constitucional nacional debe entrar a competir con una pluralidad de consideraciones alternativas, es posible que se pueda concluir que, en tal caso, *it is not worth the candle*. Pero, por otra parte, es claro que la identidad nacional se constituye en una clara vía a través de la cual las Constituciones nacionales «se hacen presentes» en la comprensión del ordenamiento jurídico de la Unión.

En la misma línea, y acaso con mayor fundamento, la noción de «identidad constitucional», tal como la está interpretando el TJUE, permite al Derecho de la Unión operar con un cierto grado o una cierta dimensión de «pluralismo» que puede merecer una valoración positiva. La identidad constitucional permite introducir excepciones o «derogaciones» de la regla general, en todo lo que sea compatible con la eficacia del Derecho de la Unión.

El reto, desde luego, y la sabiduría, consiste en administrar correctamente ese pluralismo. Un buen ejemplo puede identificarse en el *caveat* introducido por el Abogado General Yves Bot en sus conclusiones en *Melloni*. Al dejar abierta, en hipótesis, la puerta a una excepción española basada en la identidad constitucional, como alternativa al juego del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales en lo relativo a la proscripción de las condenas en rebeldía, el Abogado General, tal como lo entiendo, estaba ciertamente abriendo una puerta a la singularidad, pero una puerta al mismo tiempo más estrecha que la proporcionada por otra interpretación de dicho artículo 53 (16).

2. LA OPCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: UNA OPORTUNIDAD PARA LA COLABORACIÓN ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES

Por su parte, por lo que se refiere a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, la inserción y el desarrollo de la noción de identidad constitucional como parte de la identidad nacional en el Derecho primario de la Unión han dado lugar a dos efectos situados en una relación dialéctica. Ciertamente, los Estados pueden alternativamente invocar el Tratado a la hora de preservar su singularidad constitucional, del mismo modo que han podido invocar su estatalidad. Ello no implica lógicamente que los Tribunales Constitucionales dejen de argumentar en el

(15) Para una antigua propuesta por mi parte, en este sentido, «La Constitución inédita», Madrid, 2004.

(16) Conclusiones del Abogado General Yves Bot, de 2 de octubre de 2012, en el asunto C-399/11, *Stefano Melloni*: La identidad constitucional puede también invocarse e incluso ser más adecuada que el solo art. 53 de la Carta (con apoyo en Besselink, 139, más nota 46). La prohibición de condenar *in absentia* no puede decirse que forme parte de la «identidad constitucional» española. Hay que suponer que respecto de lo que forme parte de la identidad constitucional de un Estado tiene que haber claridad. Con todo ¿es absolutamente concluyente lo que responda en la vista el agente español? (140-141). Esto no llega a ser identidad constitucional (142).

futuro a partir de su propia posición como sujetos soberanos («señores de los tratados»). Pero, al propio tiempo, por medio de la cláusula del artículo 4.2 TUE, los Tribunales nacionales han encontrado en el propio Derecho de la Unión el fundamento (adicional, si se quiere) tanto de su estatalidad como de su constitucionalidad específica. Ambas encuentran en el propio Tratado una apoyatura y, en este sentido, una legitimidad expresa.

Al propio tiempo, y en sentido opuesto, desde el momento en que los Estados tienden a preferir la invocación de la identidad constitucional, que es indudablemente una categoría del Derecho de la Unión, están invitando al intérprete de este Derecho, el TJUE, a marcar el territorio, las posibilidades y los límites de esta categoría. Y, desde luego, no cabe duda de que el TJUE tendrá que hacerlo, con un ritmo u otro.

Evidentemente, ello no quiere decir que, en su definición tanto *in genere* como *in specie* de la identidad constitucional nacional, el TJUE tenga las manos enteramente libres. Pero, por otra parte, ello no es nunca así. Lo importante es que el Tratado llama al TJUE a colaborar en una tarea, la construcción del argumento de la identidad constitucional, con independencia de que, por la propia naturaleza de las cosas, vaya a estar «estrechamente vigilado» por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Situados frente a frente, el lenguaje de «lo absoluto», casi por definición excepcional, frente al lenguaje de «lo relativo», situado en la normalidad, cabe por fin legítimamente preguntarse, como se hacía al principio, si de verdad es necesario optar entre ambos, con exclusión de uno de ellos. Desde luego, lo que no parece fácil negar es que cada uno de los órdenes jurisdiccionales «está en su papel», los Tribunales Constitucionales utilizando el potencial «esencialista» de la identidad constitucional, el TJUE proponiendo una versión «domesticada», y acaso más operativa, de la misma. Más allá de esta apreciación, habría que seguir indagando en la razón de ser de esta doble funcionalidad, pues da la impresión que está aquí «para quedarse» y que, por tanto, tendremos que convivir con ella. Es cierto que el enfoque de los Tribunales Constitucionales es el que responde de modo más inmediato a una lectura espontánea del artículo 4.2 TUE. Pero, al mismo tiempo, las diversas apariciones de la identidad constitucional en la jurisprudencia del TJUE son expresivas de una operatividad alternativa que, en todo caso, no cabe descalificar de entrada. Ante esta tesitura, lo más razonable es sin duda continuar atentos a los desarrollos jurisprudenciales de los próximos tiempos (17).

(17) Incluido lo que el TJUE pueda declarar en relación con el principio de supletoriedad del derecho estatal en tanto que alegada pieza de la identidad nacional española (*Comisión/España*, C-151/12).