
PRIMER ACCÉSIT

LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS: ¿UNA NOVEDOSA AMENAZA O UNA INESPERADA OPORTUNIDAD PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSEJO DE EUROPA?

CONSTITUTIONAL IDENTITY OF STATES: A NOVEL THREAT OR AN UNEXPECTED OPPORTUNITY FOR HUMAN RIGHTS IN THE COUNCIL OF EUROPE?

JUAN ALONSO TELLO MENDOZA¹

Sumario: 1. *Introducción*; 2. *Identidad nacional: dos visiones enfrentadas en la UE*; 2.1. *Un enfoque general*; 2.2. *La perspectiva de los tribunales*; 2.3. *¿Una Identidad Constitucional Europea (ICE)?*; 2.4. *Balance de la situación jurídica*; 3. *Identidad Constitucional: dos visiones enfrentadas en el COE*; 3.1. *Un enfoque general*; 3.2. *La perspectiva del TEDH*; 3.3. *La perspectiva de los tribunales constitucionales*; 3.4. *¿Una perspectiva desde los derechos humanos?*; 3.4.1. *Repolitizar los derechos humanos*; 3.4.2. *Reequilibrar el sistema*; 4. *Conclusiones*; 5. *Bibliografía*

Resumen: El TEDH ha reconocido recientemente en su jurisprudencia la doctrina de la identidad constitucional como un objetivo legítimo por parte del Estado para realizar un trato diferenciado del CEDH (bajo la cobertura del margen de apreciación nacional). No obstante, dicha doctrina no es nueva del todo, pues proviene en parte del marco jurídico de la UE, donde ha sido intensamente discutida. Este artículo pretende reflexionar sobre el *status quo* de la materia y valorar su potencial provecho para los derechos humanos.

¹ Profesor Lector de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona. ORCID: 0000-0003-3329-6525

Palabras clave: Unión Europea, Consejo de Europa, Identidad nacional, Identidad Constitucional, Derechos Humanos.

Abstract: The ECtHR has recently recognized the constitutional identity doctrine in its jurisprudence as a State's legitimate aim to treat the ECHR differently (under the cover of the national margin of appreciation). However, this doctrine is not entirely new, as it stems partly from the EU framework, where it has been intensely discussed. This article aims to reflect on the *matter's status quo* and assess its potential benefit for human rights.

Key words: European Union, Council of Europe, National Identity, Constitutional Identity, Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN

El actual Tratado de la Unión Europea (TUE) recoge en el artículo 4.2² la cláusula de la identidad nacional. Esta cláusula se creó con el propósito de resaltar las tradiciones constitucionales únicas de los Estados miembros dentro de la Unión Europea (UE). Desde un punto de vista jurídico, esta cláusula los protege de posibles injerencias de la UE en asuntos esenciales para sus funciones, como la seguridad nacional, los arreglos constitucionales o la integridad territorial. Aunque esta cláusula utiliza explícitamente el término “identidad nacional”, a veces es interpretada como “identidad constitucional”, aunque no existe consenso académico sobre si comparten el mismo significado.

Si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha examinado este concepto en casos puntuales, los principales desarrollos han provenido de los tribunales constitucionales de Alemania e Italia. No obstante, la interpretación de esta cláusula sigue siendo una importante cuestión de debate entre los juristas, los órganos judiciales nacionales e internacionales y los comentaristas políticos. Los puntos críticos de controversia suelen centrarse en el contenido y alcance de la protección, en su posible impacto en el principio de primacía del derecho de la UE y, en los últimos años, en su posible uso indebido ahora que nos hallamos en una crisis del Estado de Derecho. De hecho, sentencias específicas

² Artículo 4.2 TUE: *La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.*

de diferentes tribunales constitucionales (Hungría, Alemania y Polonia) han reavivado el debate sobre la “identidad nacional”.

Aunque ampliamente debatidas, estas discusiones se han mantenido normalmente dentro del marco jurídico de la UE. Sin embargo, algunos juristas se han preguntado últimamente si esta doctrina podría aplicarse en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) para considerar factores nacionales específicos que pudiesen influir en la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En esa línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido recientemente la “identidad constitucional” como un objetivo legítimo para un posible y justificado trato diferenciado del CEDH, merecedor por tanto de una cobertura del margen de apreciación. En concreto, las sentencias en los casos letones de *Savickis* (2022), *Valiullina* (2023), *Džibuti* (2023) y *Djeri* (2024) reconocieron la protección de la identidad constitucional como justificación de un trato diferente en el reparto de pensiones entre ciudadanos y no ciudadanos, o la priorización del idioma letón sobre el ruso en las escuelas. Como era de esperar, esta doctrina se ha enfrentado también a las duras críticas de algunos académicos por considerarla una herramienta que socava los derechos humanos, fomenta la arbitrariedad y proporciona apoyo jurídico a los regímenes autoritarios.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, merece la pena explorar cómo el actual discurso en torno a la identidad nacional en la UE puede influir en las próximas deliberaciones en el seno del Consejo de Europa (COE). Para lograrlo, consideraremos en primer lugar el debate actual sobre la identidad nacional y constitucional dentro de la UE. En segundo lugar, desarrollaremos el alcance dado a la “identidad constitucional” en las decisiones del TEDH. Además, evaluaremos si la incorporación de esta doctrina puede contribuir a una mejor comprensión y protección de los derechos humanos. Por último, compartiremos nuestras conclusiones.

2. IDENTIDAD NACIONAL: DOS VISIONES ENFRENTADAS EN LA UE

2.1. Un enfoque general

Considerando principalmente las aportaciones de CRUZ³ en este ámbito, la cláusula original de la identidad nacional se introdujo por

³ Cf. P. CRUZ MANTILLA, «Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE», *Revista de Derecho Político*, 114, 2022, pp. 249-261.

primera vez en el Tratado de Maastricht de 1992⁴ –probablemente más como un valor político que jurídico⁵– representando la formalización de un principio no escrito ya establecido en la práctica comunitaria⁶. Esta inclusión puso de manifiesto la tensión inherente en el proyecto de integración europea, que intenta equilibrar dos objetivos aparentemente opuestos: el conocido propósito de “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa” (preámbulo del TUE) y el lema de la UE, “Unidos en la diversidad”.

Como es sabido, el órgano de la Convención Europea mejoró esta fórmula y la incluyó en el artículo I-5.1⁷ de la frustrada Constitución para Europa de 2004. De todos modos, el posterior Tratado de Lisboa de 2007 reprodujo esta disposición, como es posible observar en el actual artículo 4.2 TUE. Siendo así, los documentos preparatorios para la adopción de la cláusula de identidad nacional llevados a cabo por el Grupo de Trabajo V de la Convención Europea ofrecen una valiosa perspectiva del proceso de redacción. Este grupo propuso dos áreas nucleares pertenecientes a la responsabilidad nacional: la primera, referida a las estructuras fundamentales y las funciones esenciales de un Estado miembro (como la arquitectura constitucional o la defensa nacional), y la segunda, relativa a las políticas públicas básicas y los valores sociales (incluidos los impuestos, la educación o la sanidad pública)⁸.

Mientras la mayoría de los asuntos del primer grupo se incorporó al texto final, no se incluyó ninguno del segundo, lo cual refleja una elección deliberada de los redactores. Ciertamente, estas exclusiones no implican una falta de protección jurídica por parte de la UE, sino únicamente la elección consciente de los redactores de dejar estos ámbitos fuera de la protección explícita de la cláusula de identidad

⁴ Título I, artículo F.1: *La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos.*

⁵ Cf. D. SIMON, «Article F. Commentaire», en Vlad Constantinesco, Robert Kovar, Denys Simon (eds.) *Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992 : commentaire article par article*, Economica. Paris, 1995, pp. 88-89.

⁶ A. MENÉNDEZ, «Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2013, p. 567.

⁷ Artículo I-5.1: *La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta 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 interior.*

⁸ Grupo de trabajo V, Doc. 30, Proyecto de informe revisado, 25/10/2002, p. 11.

nacional. De todas maneras, es preciso aclarar que este hecho no supone un argumento suficiente para concluir que esos temas han quedado, definitivamente, fuera del posible concepto de identidad nacional. Prueba de ello es el debate abierto en el seno de la UE, el cual, según SPIEKER⁹, podría sintetizarse en dos grandes enfoques en pugna: el concepto constitucional-legal¹⁰ y la noción histórico-cultural¹¹. Normalmente, esta última incluye también a la primera.

La mayoría de los académicos apoya la primera perspectiva basándose en una interpretación histórica y textual del artículo 4.2 del TUE. Tal disposición hace hincapié en dos componentes principales de las responsabilidades exclusivas del Estado: las estructuras fundamentales (p. e., una constitución escrita o no, una monarquía o una república, un sistema presidencial o parlamentario, un gobierno centralizado o descentralizado, la revisión judicial de las leyes o la supremacía legislativa¹²) y las funciones esenciales (p. e., la integridad territorial, el orden público o la seguridad nacional¹³). WEILER¹⁴ añadirá que los derechos fundamentales suelen considerarse parte integrante de esta cláusula, aunque no se mencionen explícitamente. Así pues, este punto de vista vincula estrechamente la identidad nacional con las constituciones, en tanto depositarias de principios, estructuras y funciones jurídicas fundacionales. Por ello, no es raro observar cómo esta comprensión es rebautizada como una “identidad constitucional”, en la medida en que se dirige a los elementos centrales de las constituciones¹⁵. Para algunos, por tanto, la “identidad nacional” y la

⁹ Cf. L. D. SPIEKER, «Framing and managing constitutional identity conflicts: How to stabilize the *modus vivendi* between the Court of Justice and National Constitutional Courts», *Common Market Law Review*, vol. 57, 2, 2020, pp. 368-369.

¹⁰ Cf. G. VAN DER SCHYFF, «EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 76, 1, 2016, W. Kohlhammer, p. 169.

¹¹ Cf. L. F. M. BESSELINK, «National and constitutional identity before and after Lisbon», *Utrecht Law Review*, vol. 6, 3, 2010, pp. 42-43.

¹² Cf. L. Díez-PICAZO, «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», en Marta Cartabia, Bruno De Witte, Pablo Pérez Tremps (eds.) *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 439-440.

¹³ Cf. S. GARBEN, «Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers*», *Journal of Common Market Studies*, vol. 58, 1, 2020, p. 45.

¹⁴ Cf. J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe: «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, CUP, Cambridge, 1999, p. 102.

¹⁵ Cf. D. GRIMM, «Three Meanings of Constitutional Identity and Their Prospects in the European Union», *Center for Advanced Studies Blog (Ludwig-Maximilians-Universität München)*, 2024, fecha de consulta 19 agosto 2024, en <https://www.blog.cas.uni-muenchen.de/topics/dissecting-democracy/three-meanings-of-constitutional-identity>.

“identidad constitucional” son equivalentes, mientras que, para otros, la segunda categoría es solo una parte de la primera (un concepto más amplio que engloba también componentes históricos y culturales).

Con un reconocimiento predominante en los tribunales constitucionales, la segunda perspectiva asocia esta cláusula a factores que van más allá de los marcos meramente constitucionales, englobando elementos históricos, culturales, sociales y religiosos¹⁶ que reflejen una comprensión más acumulativa del carácter político y social de una nación. Dicho ello, aunque estas componentes constituyen criterios esenciales para comprender e interpretar las normas jurídicas de una sociedad, parece ser que la redacción actual del artículo 4.2 del TUE permite solo un enfoque centrado en consideraciones principalmente jurídicas¹⁷. Si ese fuese el caso, los factores culturales e históricos bien podrían tenerse en cuenta si estuviesen clara y previamente incluidos en las disposiciones constitucionales. A todo esto, ¿cómo entienden los tribunales nacionales esta cláusula?

2.2. La perspectiva de los tribunales

Si bien es verdad que la cláusula de identidad nacional implica una interrelación entre el Derecho de la UE y el Derecho interno –lo que supone mandatos recíprocos implícitos que se influyen e informan mutuamente¹⁸–, también es cierto que ello no supone que deba entenderse como una cláusula permeable con utilidad análoga para ambos ordenamientos jurídicos. Como pone en evidencia GRIMM¹⁹, “los Tratados mencionan a la ‘identidad’ solo en relación con los Estados miembros, no con la UE, y no hablan de identidad constitucional, sino de identidad nacional. La UE está obligada a respetarla. Esto demuestra que los Estados miembros, como autores de los Tratados, vieron su identidad en peligro por la UE, y no al revés”. Así las cosas,

¹⁶ Cf. K. KOVÁCS, «The Rise of an Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts», *German Law Journal*, vol. 18, 7, 2017, pp. 1709-1710.

¹⁷ Cf. P. CRUZ VILLALÓN, «La identidad constitucional de los estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2013, Ministerio de Justicia, p. 504.

¹⁸ Cf. A. SCHNETTGER, «Article 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System», en Christian Calliess, Gerhard Van der Schyff (eds.) *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, CUP, Cambridge, 2019, pp. 12-16.

¹⁹ D. GRIMM, «Three Meanings of Constitutional Identity and Their Prospects in the European Union», cit.

es esperable que el TJUE y los tribunales constitucionales no entiendan esta cláusula de la misma manera.

El TJUE, por ejemplo, ha abordado la identidad nacional caso por caso²⁰, centrándose en áreas específicas como la lengua²¹, el trabajo judicial a tiempo parcial²², la nacionalidad²³, el nombre²⁴, la definición del cónyuge²⁵, o la organización estatal²⁶, a menudo a través de cuestiones prejudiciales. Por lo general, estos casos han seguido el marco dado por el TJUE, que busca un equilibrio entre las reivindicaciones de la identidad nacional y las libertades fundamentales del mercado interior, bajo un examen de proporcionalidad. Quizás debido a este método particular, el TJUE no ha necesitado manifestar su preferencia por un enfoque constitucional-legal o histórico-cultural al referirse a la identidad nacional. Es por ello que, hasta el momento, las críticas a esta segunda perspectiva han procedido del mundo académico, no del TJUE, que, p. e., ha considerado a la “lengua” como un componente inherente de la cláusula de identidad nacional. A modo de muestra, en la sentencia *Runevič-Vardyn*²⁷, el TJUE apoyó una política lingüística estatal en la medida en que respondía a la identidad nacional lituana. En cualquier caso, a diferencia de los tribunales constitucionales, que a menudo favorecen una interpretación amplia de la identidad nacional, el TJUE ha limitado sistemáticamente su aplicación al no respaldar el concepto de estos tribunales nacionales ni reconocer su poder exclusivo para declararlo infringido. Además, el TJUE ha rechazado la idea de que una violación de la identidad nacional pueda justificar la no aplicación del derecho de la UE en los ordenamientos jurídicos internos. Naturalmente, desde la perspectiva del TJUE, aceptar una idea como tal socavaría los principios de primacía, eficacia y uniformidad del derecho de la UE, que han sido centrales en su jurisprudencia. En su lugar, el TJUE ha minimizado el potencial perturbador de las demandas de identidad nacional, permitiendo excepciones a la aplicación del derecho de la UE en contadas circunstancias.

²⁰ Cf. M. AZPITARTE, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 39, 2017, pp. 426-443.

²¹ TJUE (GC), 16 de abril de 2013, *Las*, C-202/11.

²² TJUE (2°C) 1 de marzo de 2012, *O'Brien*, C-393/10.

²³ TJUE (CG) de 24 de mayo de 2011, *Comisión contra Luxemburgo*, C-51/08.

²⁴ TJUE (2°C) de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14; TJUE (2°C) de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

²⁵ TJUE (CG) de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16, párrs. 42-46.

²⁶ TJUE (CG) de 21 de diciembre de 2016, *Remondis*, C-51/15; TJUE (3°C) de 12 de junio de 2014, *Digibet y Albers*, C-156/13.

²⁷ TJUE (2°C) de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09, párrs. 84-89.

Por su parte, los tribunales constitucionales tienen una narrativa distinta sobre la identidad nacional. Sus orígenes se remontan a fallos como *Solange I* (1974) del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) y *Frontini* (1973²⁸) del Tribunal Constitucional italiano –con la creación de la doctrina de los contralímites (*controlimiti*²⁹). Inicialmente, las preocupaciones fueron los derechos fundamentales, pero más tarde se ampliaron a las competencias reconocidas a la UE y a la identidad nacional³⁰. Esta última adquirió mayor relevancia durante las sentencias relativas a la Constitución para Europa y al Tratado de Lisboa. P. e., la Declaración 1/2004 (párrs. 3-4) del Tribunal Constitucional español invocó la invocó como salvaguarda para garantizar la compatibilidad del principio de primacía con el derecho local, dejando un margen para la intervención constitucional en circunstancias excepcionales (párr. 4). De igual modo, el *Conseil Constitutionnel* francés se refirió a la identidad nacional en su decisión 2006/540 DC (párr. 19), destacando los límites de la transposición de directivas de la UE si fuesen contra principios específicos de su orden constitucional no protegidos en la legislación de la UE.

El TCFA, en cambio, ha sido más asertivo a la hora de desarrollar la identidad nacional, en particular, en el caso *Lisboa*³¹. En esta decisión la vinculó con la cláusula de intangibilidad de su Ley Fundamental (art. 79.3), que engloba principios como la dignidad humana, los derechos humanos, la soberanía popular, el Estado de Derecho y el sistema federal. Así, reivindicó un derecho exclusivo a evaluar si los actos de la UE vulneran su identidad nacional (incluyendo rasgos culturales-históricos³²), abriéndose a la posibilidad de inaplicarlos en esos casos. Ulteriormente, el TCFA parece haber equilibrado este propósito con un voto de apertura hacia el derecho de la UE. En *Honeywell* (2010) y *Gauweiler* (2016) asemejó en parte la identidad nacional al control *ultra vires*, comprometiéndose a solicitar un dictamen del TJUE antes de declarar una violación. Atendiendo a este sentido, esto es, su consideración como parte de la doctrina *controlimiti* –que

²⁸ Tribunal Constitucional italiano. Decisión N° 183/73. Véase también: Decisiones N° 170/84, 232/89 y 238/2014.

²⁹ Competencia de un tribunal constitucional para cuestionar la aplicación de la legislación de la UE en relación con medidas que puedan afectar a los principios fundamentales del orden constitucional.

³⁰ Cf. M. KUMM; V. FERRERES, «The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2-3, 2005, pp. 474-476.

³¹ BVerfG, Sentencia del Segundo Senado de 30 de junio de 2009 - 2 BvE 2/08 -, párrs. 216-219.

³² BVerfG, Sentencia del Segundo Senado de 30 de junio de 2009 - 2 BvE 2/08 -, párr. 249.

supervisa si la UE excede sus competencias y, por ende, carece de efectos jurídicos, el TCFA ya ha puesto en práctica la protección de su identidad nacional, rechazando en 2020 la sentencia *Weiss*³³ (parecido al caso *Landtovà*³⁴ del Tribunal Constitucional de la República Checa, que declaró *ultra vires* un fallo del TJUE³⁵, pero por motivos distintos a la identidad nacional y sin tramitar un dictamen previo del TJUE³⁶).

Dejando de lado los debates de la UE sobre los recientes regímenes políticos de Hungría y Polonia, queremos centrarnos en algunas sentencias de sus respectivos tribunales constitucionales, en tanto han sido criticadas por incorporar un concepto histórico-cultural de la identidad nacional. En 2018, Hungría introdujo una cláusula de identidad nacional en su Constitución. Al poco tiempo, en respuesta al Defensor del Pueblo sobre si las autoridades locales deben o no aplicar la normativa de la UE cuando contradice derechos fundamentales o excede las competencias atribuidas, su Tribunal Constitucional articuló un mecanismo judicial dual para salvaguardar la soberanía nacional e identidad constitucional de darse una extralimitación de la UE (caso *AB*, 22/2016, párr. 54), inspirándose para ello en otros tribunales constitucionales europeos, en particular el TCFA. Además, hizo hincapié en que este mecanismo sólo está previsto en circunstancias excepcionales y como último recurso, subrayando su compromiso con el diálogo y la cooperación con la UE (párr. 46). Por último, meridianamente aclaró cuáles son los elementos de su identidad constitucional (párrs. 64-67). Algunos de ellos no representan problema alguno pues se asemejan a los de otras democracias liberales³⁷ (“las libertades, la división de poderes, la república como forma de gobierno, el respeto de las autonomías de derecho público, la libertad religiosa, el ejercicio de la autoridad legítima, el parlamentarismo, la igualdad de derechos, el reconocimiento del poder judicial, la protección de las nacionalidades que viven con nosotros”), otros, en cambio, han sido criticados por su vaga definición al incluir la historia, la lengua o la

³³ BVerfG, Sentencia del Segundo Senado de 5 de mayo de 2020 - 2 BvR 859/15 -, párrs. 115-119.

³⁴ Tribunal Constitucional de la República Checa. 15 de febrero de 2012. Expediente de sentencia n° Pl. US 5/12. Resumen disponible: <https://www.usoud.cz/en/current-affairs/constitutional-court-insists-on-its-previous-case-law-concerning-the-so-called-slovak-pensions>

³⁵ TJUE (4°C), 22 de junio de 2011, *Landtová*, C-399/09.

³⁶ A critical assessment of that national ruling. Cf. J. KOMÁREK, «Playing With Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution», *Verfassungsblog*, 2012, *Verfassungsblog*.

³⁷ Cf. P. CRUZ MANTILLA, «Identidad nacional y valores de la Unión Europea», cit., p. 265.

cultura³⁸. En este último punto, en orden a guardar coherencia, tendría que criticarse a su vez el fallo *Lisboa* del TCFA pues, según hemos apuntado, incorporó también un enfoque histórico-cultural –a menos que se asuma o demuestre que el TCFA ha abandonado por completo tal postura.

En el caso polaco, una característica clave es su aceptación condicional del principio de primacía. La sentencia de su Tribunal Constitucional sobre el *Tratado de Adhesión* (2005, sec. 11-13) subrayó que su Constitución tiene supremacía sobre la legislación de la UE, sobre todo en los casos en que ambas son irreconciliables, reconociendo un control *ultra vires* si fuera necesario. Aquí, es preciso recordar que la mayoría de los Estados miembros no aceptan una noción absoluta del principio de primacía de la UE (sólo unos pocos lo permiten, p. e., los Países Bajos, Chipre, Irlanda o Estonia)³⁹, al menos cuando se considera una colisión con sus Constituciones, por lo tanto, éste no es el verdadero problema de la postura polaca. La verdadera cuestión radica en que la limitación a la eficacia del derecho de la UE no se atiene potencialmente a algunos elementos inexcusables de su *Carta Magna* (como hacen otros Estados), sino a todo el texto constitucional. Ahora bien, la postura polaca se solidificó aún más en el caso *Lisboa* (2010, párr. 2.1), en el que el Tribunal introdujo el concepto de identidad constitucional como un límite no negociable a la transferencia de competencias estatales a la UE, subrayando que Polonia debe conservar su soberanía en cuestiones como la “protección de la dignidad humana y los derechos constitucionales, el principio de estatalidad, el principio de gobernanza democrática, el principio de un Estado de derecho, el principio de justicia social, el principio de subsidiariedad, así como el requisito de garantizar una mejor aplicación de los valores constitucionales y, la prohibición de conferir el poder de reforma constitucional y la competencia para determinar competencias”. En definitiva, según afirma este Tribunal, el mandato de identidad constitucional tiene origen en el artículo 90 de su Constitución que, en consonancia con el artículo 4.2 del TUE, también reconoce la historia, la cultura y las tradiciones de los Estados.

³⁸ Cf. D. KOCHENOV; P. BARD, «Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement», Rochester, NY, 2018, p. 12.

³⁹ Cf. M. CLAES, «The Primacy of EU Law in European and National Law», en Damian Chalmers, Anthony Arnall (eds.) *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 193-195.

2.3. ¿Una Identidad Constitucional Europea (ICE)?

Se ha dicho con razón que la cláusula de identidad nacional no puede interpretarse como una excepción incondicional a la validez o aplicación del derecho de la UE. Teniendo esto en cuenta, algunos han argumentado que los valores incluidos en el artículo 2 TUE⁴⁰ constituyen una “identidad europea” que sirve de contrapeso supranacional, impidiendo el uso indebido de la identidad nacional⁴¹. Según ellos⁴², la ICE también puede deducirse del preámbulo y de la cláusula de modificación (48 TUE). Dirán además que el ICE puede remontarse a la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de 1973, que pretendía definir la identidad europea sobre la base de valores compartidos entre los Estados miembros. Esta noción, desarrollada luego a través de los criterios de Copenhague y las subsiguientes reformas de los tratados, constituye el núcleo del marco jurídico de la UE, como demostró el caso *Kadi* del TJUE (2008, párrs. 282&304), que afirmó la supremacía de los derechos y principios fundamentales de la UE. Incorporados hoy en el artículo 2 del TUE, estos valores sirven como criterios de entrada para los nuevos Estados y como motivo de severas sanciones contra aquellos que los violen⁴³. En consecuencia, esos valores constituirían una especie de *controlimiti* europeo frente a las transgresiones de otros órdenes jurídicos –nacionales o internacionales⁴⁴.

En esa línea, algunos autores han considerado las sentencias del TJUE sobre el “Reglamento-2020/2092” (Reglamento relativo a la Condicionalidad del Estado de Derecho) como un claro apoyo a la tesis de la ICE⁴⁵. Como es sabido, ese reglamento se creó para limitar –mediante una mayoría cualificada de Estados miembros– la ayuda

⁴⁰ Artículo 2 del TUE: *La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad en la que prevalecen el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.*

⁴¹ Cf. L. S. ROSSI, «2, 4, 6 (TUE)...l'interpretazione dell' "Identity clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE», ITA, 2018, pp. 869-870.

⁴² For a detailed explanation, cf. P. CRUZ MANTILLA, «La identidad constitucional de la Unión Europea: Una categoría jurídica en construcción», *Revista de Derecho Público*, vol. 70, 2, 2022, pp. 158-162, 168-174.

⁴³ TJUE (CG) de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, par. 63.

⁴⁴ Cf. G. DI FEDERICO, «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali», *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, Il Mulino, p. 333ff.

⁴⁵ Cf. P. FARAGUNA; T. DRINÓCZI, «Constitutional Identity in and on EU Terms», *Verfassungsblog*, 2022; M. J. ROCA FERNÁNDEZ, «La identidad constitucional de la Unión Europea en la jurisprudencia del TJUE: presente, pasado y futuro», *Revista de*

financiera de la UE a los países que no respeten el Estado de Derecho. Hungría y Polonia discreparon, alegando que se pretendía establecer subrepticamente un mecanismo alternativo que sustituyera al previsto en el artículo 7 del TUE –que exige la unanimidad–, ante la experiencia de su aparente ineficacia. El TJUE, sin embargo, desestimó las pretensiones jurídicas húngaras⁴⁶ y polacas⁴⁷, destacando que: “*Los valores que recoge el artículo 2 TUE han sido identificados por los Estados miembros, que los comparten. Definen la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común. Así pues, la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados.*”⁴⁸ Afirmó también que “*el artículo 2 TUE no constituye una mera enunciación de orientaciones o de intenciones de naturaleza política, sino que contiene valores que (...) forman parte de la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común, valores que se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros.*”⁴⁹ Así, tenemos el siguiente escenario: considerando el artículo 4.2 TUE, los tribunales constitucionales han desarrollado la doctrina de la identidad nacional como una especie de *controlimiti* para frenar eventuales transgresiones del derecho de la UE. En sentido inverso, considerando el artículo 2 TUE, el TJUE ha desarrollado recientemente la doctrina de la ICE para limitar el posible uso indebido de la identidad nacional por parte de los Estados.

Es verdad que la cláusula de la identidad nacional no proporciona una exención incondicional a la validez o aplicación de la legislación de la UE, pero también es cierto que la legislación de la UE no es infinitamente eficaz si socava de manera significativa los elementos constitucionales básicos de un Estado. Es justo en atención a esto último que la identidad nacional –ya existente en la práctica comunitaria– fue incorporada en el Tratado de Maastricht, ampliada en la fallida Constitución para Europa y consolidada en el Tratado de Lisboa. Además, si la cláusula de identidad nacional ya funciona como un “límite” excepcional, parece extraño crear un “límite” a ese “límite” con la nueva doctrina de la ICE. En abstracto, debería existir una confluencia entre ambas “identidades” en la medida en que la ICE

Derecho Constitucional Europeo, 41, 2024, sec. 3, fecha de consulta 22 agosto 2024, en https://www.ugr.es/%7Eredce/REDCE41/articulos/01_ROCA.htm.

⁴⁶ TJUE (Tribunal Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Hungría contra el Parlamento y el Consejo*, C-156/21, párr. 159.

⁴⁷ TJUE (Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Polonia contra el Parlamento y el Consejo*, C-157/21, párrs. 211-216.

⁴⁸ *Hungría v (...)*, párr. 127; *Polonia v (...)*, párr. 145.

⁴⁹ *Hungría c (...)*, párr. 232; *Polonia c (...)*, párr. 264.

construida por el TJUE hunde sus raíces en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁵⁰. No obstante, siempre se esperan posibles choques a medida que avanza la integración de la UE, sobre todo en cuestiones jurídicas controvertidas. Así el panorama, es mejor desdramatizar esa posibilidad conflictiva y asumirla como una parte natural del sistema de la UE.

De todos modos, creemos que el posible acierto de la ICE como herramienta de respuesta a la identidad nacional, es aún dudoso. Podría decirse que esta nueva doctrina está reservada únicamente al uso indebido de la identidad nacional. Pero, en el mismo sentido, podría responderse que la identidad nacional sólo se activa ante el abuso procedente de la UE. Considérese que el potencial abuso no se limita a un solo lado. El problema es que esta nueva doctrina presenta inconvenientes adicionales: En primer lugar, mientras que la identidad nacional está explícitamente incluida en el TUE, la ICE no lo está. En segundo lugar, incluso si asumimos que no es necesaria una disposición textual en el tratado para probar una “identidad”, es obligatorio especificar al menos su contenido. Mas, si comparamos las fuentes de la ICE (artículo 2 TUE y la jurisprudencia del TJUE) y la identidad nacional (artículo 4.2 TUE y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales), veremos que los componentes nucleares de una y de otra son, prácticamente, los mismos (el Estado de derecho, la democracia y los derechos fundamentales). Por lo tanto, nos encontraríamos en una situación en la que los jueces europeos y los constitucionales podrían enfrentarse en la interpretación de unos valores genéricos. De ser así, transitaríamos a un debate añejo: quién tiene en última instancia la autoridad para determinar correctamente estos principios, es decir, quién tiene la última palabra. En tercer lugar, la referencia a una ICE presupone que los tratados de la UE son equivalentes a una Constitución. Pero ¿es así?

Existen argumentos plausibles para apoyar esta idea en razón de algunas funciones constitucionales que ejerce la UE; sin embargo, también tiene un fundamento sólido una perspectiva escéptica, pues la UE carece de algunos de los elementos centrales de una constitución. Por ejemplo, según GRIMM⁵¹, se adolece: del efecto simbólico (el “momento constitucional” y el afecto de la población); del acto de autodeterminación de la nación (en lugar de una heterodeterminación a través de los Estados); de la soberanía (la UE tiene autoridad

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN, presentadas el 14 de enero de 2015 (1), *Gauweiler*, C-62/14, párr. 61.

⁵¹ Cf. D. GRIMM, «Three Meanings of Constitutional Identity and Their Prospects in the European Union», cit.

pública pero como depende de otros para su existencia, finalidad y poderes, no es una entidad política soberana); y, de la toma de decisiones democrática (con su legitimidad correlativa). La singularidad de la UE reside en su posición entre los Estados-nación y las organizaciones supranacionales. Aborda cuestiones transnacionales al tiempo que preserva el control nacional sobre las decisiones críticas, lo que garantiza la legitimidad democrática. Este modelo híbrido es una base más prometedora para una identidad europea derivada de sus tratados que de una pretendida Constitución. Dicho ello, abierta la legítima y razonable disputa jurídico-política sobre este asunto, donde confluyen lecturas enfrentadas sobre lo que la UE debe ser, o sobre cómo debe compaginarse su práctica y naturaleza *sui generis* con la actividad de los Estados miembros, quizás sea estratégicamente acertada la creación de la ICE como un dique excepcional de contención –y de reequilibrio– ante el abuso flagrante proveniente de un Estado. Más aún si parte del argumento central apela a una transgresión de aquellos valores comunes (artículo 2 TUE) que los Estados miembros se comprometieron a respetar y cultivar como fundamento para la propia existencia de la UE⁵².

2.4. Balance de la situación jurídica

Como podemos apreciar, en el *statu quo* del debate existen convergencias entre los tribunales nacionales, pero también diferencias significativas. Los tribunales de España, Francia e Italia han tratado, generalmente, la facultad de proteger la identidad nacional como hipotética. Sin embargo, el TCFA ha adoptado una postura más proactiva, advirtiendo la utilización de este poder en casos concretos, como finalmente ocurrió en *Weiss*⁵³. Hungría y Polonia han adoptado una perspectiva constitucional-legal de la identidad nacional, como los demás Estados miembros. La diferencia es que estos países han

⁵² Cf. L. D. Spieker, «Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis», *German Law Journal*, vol. 20, 8, 2019, pp. 1199-1213.

⁵³ Cabe precisar cómo terminó este asunto, pues si bien el TJUE no dialogó con el TCFA, en un momento posterior, el Banco Central Europeo (BCE) asumió el conflicto y, en las siguientes sesiones, justificó la proporcionalidad de las medidas. Tras ello, el Ministro de Finanzas, Olaf Scholz, reconoció inmediatamente que se había dado cumplimiento a lo que Alemania estaba exigiendo, entre otros, que se justificaran bien las medidas adoptadas en el BCE. Hubo, por tanto, un diálogo institucional que resolvió la desavenencia. Hasta la fecha, no ha ocurrido algo análogo con Hungría o Polonia. Cf. A. Borrás; N. González Campañá, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Abril-Junio de 2020)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, 2020, p. 1121.

incorporado también un enfoque histórico-cultural (como hizo Alemania en 2009), abriendo una vía a la crítica jurídica pues esa visión amplia puede ser fácilmente mal utilizada para incumplir el Derecho de la UE. Dicho esto, es esencial recordar que, si la crítica central descansa en el alcance amplio e incierto de ese enfoque, podría decirse lo mismo de los “derechos fundamentales” comúnmente incluidos en la noción de identidad nacional o de los “valores” incorporados en el artículo 2 TUE –si el TJUE estuviera dispuesto a aplicar la ICE. Así pues, puede que la cuestión principal no sea la incertidumbre de la norma, que es un aspecto común en el derecho constitucional e internacional contemporáneo, sino el mayor grado de ambigüedad de la categoría “histórico-cultural”, así como su condición no jurídica para considerar cuestiones jurídicas. En tal caso, añadir características históricas y culturales más precisas a las disposiciones constitucionales podría ser una forma tangible de considerar esos factores en la interpretación jurídica y salvaguardar así esa perspectiva de identidad nacional, sin aumentar innecesariamente el riesgo de quebrantar la seguridad jurídica en la UE. Por último, en toda la jurisprudencia de los tribunales constitucionales es habitual la advertencia de que, si un acto o una decisión de la UE vulnerase la identidad constitucional del Estado, podría, *ultima ratio*, ser rechazado. Ello explica por qué esta noción se considera parte de los *controlimiti* en el proceso de integración de la UE.

Por su parte, para el TJUE, la identidad nacional nunca es una excusa para evitar la primacía del derecho de la UE; sólo es una deferencia autorizada muy excepcional dada a los Estados miembros. En tal caso, el TJUE ha corroborado explícitamente la existencia de la ICE, apoyando una restricción del posible uso indebido de la identidad nacional. Aunque sostener una tesis en ese sentido es plausible, existen argumentos para no seguir esa nueva doctrina. Con ese paso, el TJUE estaría asumiendo un papel protagonista ante los retos que se plantean a la UE. Sin embargo, existe un riesgo a largo plazo, ya que nos encontramos en una crisis política más que en una crisis judicial; por lo tanto, las soluciones deberían ser llevadas a cabo por otras instituciones⁵⁴, como *mutatis mutandis*, se hace hoy con Venezuela⁵⁵. Finalmente, debido a que el principio de seguridad jurídica es crucial en el Estado de Derecho, encontramos razones más persuasivas para

⁵⁴ Cf. A. D. GREGORIO MERINO, «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 71, 2022, p. 25.

⁵⁵ La Secretaría General de la Organización de Estados Americanos rechaza la sentencia emitida por el Tribunal Supremo de Venezuela. 23 de agostord, 2024. Enlace: https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-056/24

favorecer la visión constitucional-legal de la identidad nacional que la histórico-cultural (a menos que esos factores hayan sido incluidos en la Constitución y funcionen como un componente esencial). Nuestra postura, sin embargo, sólo resuelve algunas cuestiones potenciales, pero otras persisten (p. e., si un Estado de Europa del Este careciese de disposiciones constitucionales histórico-culturales, ¿podría ignorarse el impacto histórico de la ocupación ilegal de la Unión Soviética en su sistema jurídico?

A todo esto, ¿qué entendemos por “identidad constitucional”? Existen diferentes puntos de vista y no hay un consenso claro⁵⁶. Podría entenderse como un simple sinónimo de “identidad nacional” o, al menos, como una de sus comprensiones (un concepto jurídico-constitucional). Desde una visión diferente, también podría interpretarse como una noción más amplia creada por los tribunales constitucionales que establece algunos límites a la integración europea (*controlimiti*) si colisiona con principios esenciales o derechos fundamentales protegidos por la Constitución (incluida la estructura y las funciones del Estado protegidas en el artículo 4.2 TUE). Creemos que esta última noción refleja mejor el debate actual. Si ese es el caso, parece que la única forma de cambiar la identidad constitucional es a través de una enmienda constitucional (excepto para las cláusulas de eternidad) o, parcialmente, a través de una reforma del artículo 4.2 TUE.

Así pues, la identidad constitucional representa un argumento jurídico para que los Estados justifiquen honestamente una regulación singular que podría ser percibida como una violación del TUE (no estamos considerando aquí un mal uso intencionado de esta herramienta jurídica). Si el TJUE lo acepta, no habrá ningún problema. Pero si no se acepta, quedan dos posibilidades extremas: o el Estado se ve obligado de forma no democrática a cambiar su identidad constitucional, aplicando la decisión del TJUE o, *ultima ratio*, se produce un *backlash* del Estado, p. e., declarando *ultra vires* una decisión del TJUE. Ambas son opciones no deseadas, pero indudablemente posibles si el diálogo judicial no prospera⁵⁷. No obstante, parece difícil

⁵⁶ Cf. E. ALBANESI, «National identity (under Art. 4(2) TEU) and constitutional identity (as counter-limits) are not the same», en *Peace, Discontent and Constitutional Law*, 1, Routledge, 2021, pp. 108-126. [Discontent and Constitutional Law], 1, Routledge, 2021, pp. 108-126.”, “plainCitation”.:”Cf. E. Albanesi, «National identity (under Art. 4(2

⁵⁷ The *Taricco* cases (2015 and 2017) initially showed promising signs of judicial dialogue between the Italian Constitutional Court (ICC) and the CJEU. However, a 2018 ICC judgment *de facto* contradicted the most recent CJEU decision, so an uncertain scenario is expected. Cf. C. AMALFITANO; O. POLLICINO, «Two Courts, two

favorecer esta última vía dentro de una organización jurídica supranacional con un propósito de integración como la UE, a menos que existan razones críticas y de peso para hacerlo. Eso podría ocurrir si ese proceso de integración excediese las competencias atribuidas por la organización supranacional. P. e., cuando el Tribunal Supremo de Dinamarca en el caso *Ajos*⁵⁸ dio primacía a su legislación nacional sobre la de la UE tras escuchar las orientaciones del TJUE y analizar el Acta danesa de Adhesión a la UE y sus enmiendas, concluyendo que “el TJUE no tiene competencia ni base jurídica para dar primacía al principio no escrito que prohíbe la discriminación por motivos de edad en un caso en el que ésta era contraria a la legislación nacional”⁵⁹. Es hora de explorar cómo se ha dado este debate en la UE dentro del COE.

3. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL: DOS VISIONES ENFRENTADAS EN EL COE

Si hemos discutido ampliamente la identidad nacional y constitucional dentro del sistema de la UE en la primera sección de este ensayo, es porque nos servirá de base teórica en adelante. Teniendo en cuenta que ambas organizaciones comparten, al menos en parte, territorio, Estados miembros y una tradición jurídica (considérese, además, que la adhesión de la UE al CEDH está en curso), sería imprudente ignorar el impacto del prolongado debate dado en la UE al momento de considerar la recién nacida discusión en el COE o, peor aún, pensar que este última tiene poco o nada que ver con el primero. Como cabría esperar, si las intensas disputas “identitarias” han sido habituales en el seno de la UE, podría preverse un escenario análogo en el seno del COE ahora que el TEDH ha reconocido la doctrina de la identidad constitucional. Pero ¿hasta qué punto? A diferencia de la UE –caracterizada por su enfoque en la integración, su carácter su-

Languages? The Taricco Saga Ends on a Worrying Note», *Verfassungsblog*, 2018, *Verfassungsblog*, fecha de consulta 15 agosto 2024, en <https://verfassungsblog.de/two-courts-two-languages-the-taricco-saga-ends-on-a-worrying-note/>.

⁵⁸ For a comprehensive analysis. Cf. H. KRUNKE; S. KLINGE, «The Danish Ajos Case: The Missing Case from Maastricht and Lisbon», *European Papers - A Journal on Law and Integration*, vol. 2018 3, 1, 2018, *European Papers* (www.europeanpapers.eu); M. R. MADSEN; H. P. OLSEN; U. ŠADL, «Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: the Danish Supreme Court’s Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation», *European Law Journal*, vol. 23, 1-2, 2017.

⁵⁹ Tribunal Supremo de Dinamarca. Caso núm. 15/2014, 6 de diciembre de 2016, *Dansk Industri (DI) en representación de Ajos A/S contra la herencia dejada por A*, párr. 3.

pranacional y los principios de primacía/uniformidad/efecto directo—el COE es una organización “internacional” con objetivos distintos a la “integración” y bajo principios distintos a los mencionados. En orden a desentrañar ese asunto, distinguiremos primero la UE del COE, para luego explorar la comprensión del TEDH sobre la identidad constitucional y analizar sus similitudes o diferencias. Finalmente, evaluaremos si este nuevo escenario es conveniente o no para la protección de los derechos humanos.

3.1. Un enfoque general

Ciertamente, no pretendemos ofrecer una lista exhaustiva de las diferencias entre la UE y el COE. En su lugar, queremos destacar solo los rasgos distintivos clave para evaluar cómo el debate sobre la “identidad”, mantenido durante décadas entre los Estados miembros de la UE (27 países), debería considerarse dentro de una organización internacional de 46 Estados miembros que persigue un objetivo disímil. Mientras que la UE es una organización supranacional *sui generis* cuyo principal objetivo general es la integración de sus miembros en diversos ámbitos y niveles, el COE es una organización internacional cuyo principal propósito es proteger y promover los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia. Por ello, en el primer escenario, los Estados miembros *transfieren* algunas competencias soberanas a las instituciones de la UE, mientras que, en el segundo, *reconocen* algunas competencias al COE (para nuestros propósitos, el TEDH). En consecuencia, mientras que el objetivo del primer sistema requiere una mayor intensidad de los principios de efecto directo, uniformidad y primacía frente al de subsidiariedad (artículo 5 del TUE), el segundo requiere una mayor intensidad del principio de subsidiariedad (materializado a través de la doctrina del margen de apreciación) frente a una eventual uniformización (*ius commune*) de los derechos.

Sin embargo, en la práctica, los Estados se comportan a veces como si aquellos principios de la UE aplicaran también al marco jurídico del COE⁶⁰. Ese escenario podría —quizás— explicar por qué algunos países han empezado, ocasionalmente, a limitar la precedencia del CEDH, como hacen con el derecho de la UE. En cualquier caso, parece claro que el derecho de la UE ha proporcionado a los jue-

⁶⁰ Cf. G. MARTINICO, «Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts», *European Journal of International Law*, vol. 23, 2, 2012, pp. 423-424.

ces nacionales razones de peso para reevaluar la eficacia del CEDH. Como se ha observado⁶¹, la integración europea ha tenido un profundo impacto en la recepción del derecho en los sistemas domésticos. Las doctrinas de supremacía y de efecto directo del TJUE obligaron a los tribunales nacionales a dar prioridad al derecho de la UE sobre la legislación nacional contradictoria. Este cambio provocó transformaciones significativas en las prácticas jurídicas, obligando a los jueces locales a enfrentar –y a menudo, anular– las doctrinas constitucionales tradicionales como la prohibición de la revisión judicial de las leyes, el principio de *lex posterior derogat legi priori* y los conceptos establecidos de la separación de poderes. Estos desafíos estructurales también han aparecido en el contexto del SEDH.

Ambos ordenamientos jurídicos, además, cuentan con doctrinas que matizan y –en ocasiones– tensan la aplicación de los mentados principios: la identidad nacional para los principios de aplicación del Derecho de la UE, y el consenso europeo emergente para el principio de subsidiariedad del COE (de allí a que se considere que compete con el margen de apreciación⁶²). *Lato sensu*, desde la perspectiva del Estado, la identidad nacional y el margen de apreciación son doctrinas que pueden ajustar la aplicación de los respectivos tratados a sus circunstancias nacionales. Ambas se adoptaron en la práctica y, luego, fueron positivizadas en disposiciones convencionales (Tratado de Maastricht de 1992 y Protocolo N° 15, respectivamente). Pero existen algunas diferencias cruciales entre ellas. Mientras el margen de apreciación es considerado como un acto de autolimitación del tribunal internacional, que reconoce una posición deferente a las autoridades locales (luego, no es una prerrogativa de éstas), la identidad nacional se aprecia como un límite a la acción del tribunal internacional trazado por el tribunal nacional (así, a veces funciona como una prerrogativa que protege, *ultima ratio*⁶³, una herencia constitucional no negociable). Mientras que el margen de apreciación se funda en el principio de subsidiariedad, la identidad nacional descansa en elementos constitucionales esenciales que no pueden ignorarse sin quebrantar las bases del propio Estado. Por último, mientras que el margen de apreciación puede decrecer ante la aún debatida doctrina

⁶¹ Cf. H. KELLER; A. STONE SWEET (EDS.), «Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems», en *A Europe of Rights*, 1, Oxford University Press, 2008, p. 681.

⁶² Cf. S. DOTHAN, «Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge», *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, 2, 2018, p. 400, fecha de consulta en <https://bit.ly/3gtBrTQ>.

⁶³ Cf. P. CRUZ MANTILLA, «Identidad nacional y sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos: una dudosa analogía.», *Anales de Derecho*, Extra 1, 2020, p. 12.

del consenso emergente, la identidad nacional sólo parece susceptible de cambio a través de una enmienda constitucional o, parcialmente, mediante de una enmienda del artículo 4.2 TUE.

Desde la perspectiva de la TJUE o el TEDH, la identidad nacional y el margen de apreciación, respectivamente, son doctrinas jurídicas excepcionales que no constituyen una excusa estatal para incumplir las obligaciones internacionales adoptadas. Así, los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance de estas doctrinas sin un control posterior del tribunal internacional. En este escenario, el tribunal internacional decide caso por caso sobre las reivindicaciones estatales sobre estas doctrinas. Téngase presente que, en el marco de la UE, la doctrina de la ICE ha sido en buena medida creada para disponer de una herramienta externa que limite la actuación de la identidad nacional en tanto que: a) los tribunales constitucionales no han cerrado la puerta a posibles desacatos *ultima ratio*, y, b) la identidad nacional, por definición, sólo podría moderarse mediante una decisión interna (a menos que dispongamos de una doctrina como la ICE –una decisión supranacional externa– para afirmar que algunas reivindicaciones particulares de identidad nacional dañan el núcleo esencial del derecho de la UE).

Con todo lo dicho, podemos preguntarnos si la “identidad constitucional” incluida en la reciente jurisprudencia del TEDH se adhiere a la comprensión de la identidad nacional de la UE ya debatida o si se trata de algo distinto. Para abordar esta incertidumbre, necesitamos evaluar las posturas de los Estados y del TEDH sobre esta cuestión.

3.2. La perspectiva del TEDH

Es importante recordar primero que no es la primera vez que un tribunal constitucional establece algunos límites doctrinales a las decisiones del TEDH. Ya en 2004, el TCFA declaró que la ley de inmigración, la ley de protección de la personalidad y el derecho de familia⁶⁴ eran límites para la prevalencia de la jurisprudencia del TEDH. Del mismo modo, el Tribunal Supremo del Reino Unido⁶⁵ afirmó que, en ocasiones, podría cuestionar si una decisión del TEDH ha tenido en cuenta adecuadamente los elementos específicos de su proceso jurídico doméstico. En tales casos, continua, el tribunal británico podría optar por no adherirse a la sentencia de Estrasburgo, ofreciendo una

⁶⁴ 2 BvR 1481/04 (caso *Görgülü*)

⁶⁵ Tribunal Supremo del Reino Unido. *R contra Horncastle y otros* (2009), par. 11; *Ayuntamiento de Manchester contra Pinnock* (2010), par. 48.

justificación clara de esta elección y entablando un diálogo constructivo. El Tribunal Constitucional austriaco⁶⁶ hizo hincapié en la opción de apartarse de la jurisprudencia del TEDH si seguirla violaba su Constitución. Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano⁶⁷ estableció que el CEDH ocupaba una posición privilegiada en su sistema, pero no gozaba de “inmunidad constitucional”; por lo tanto, debía comulgar con todas las normas constitucionales. Como se aprecia, existe un escrutinio superior al del Derecho de la UE, en el que el *controlimiti* suele dirigirse no a toda la Constitución, sino sólo a sus disposiciones fundamentales⁶⁸. La novedad es que, en los últimos años, aunque no se menciona explícitamente en el CEDH, el TEDH ha reconocido el argumento jurídico del Estado sobre la identidad constitucional. Si bien sentencias como *G.I.E.M. S.r.l.*⁶⁹ o *Mugemangango*⁷⁰ ya contenían menciones individuales de esta doctrina por parte de algunos jueces, los casos letones dados desde 2022 (*Savickis*, *Valiullina*, *Džibuti*, y *Djeri*) marcaron una significativa diferencia al asumir colegiadamente tal novedad.

En *Savickis*⁷¹, los demandantes habían nacido en distintas regiones de la antigua URSS y, posteriormente, se habían trasladado al actual territorio letón. Tras recuperar Letonia su independencia (1991), habían sido designados como “residentes permanentes no-ciudadanos”. Al jubilarse, a diferencia de los ciudadanos letones, sus años de servicio fuera del país –durante la era soviética– quedaron excluidos del cálculo de sus pensiones en virtud de una Ley de 1996. En el caso *Andrejeva v. Letonia* de 2009, el TEDH había ya dictaminado que este trato diferenciado entre ciudadanos y no ciudadanos violaba el artículo 14 en conjunto con el artículo 1 del Protocolo N° 1 de la CEDH. Tras esta sentencia, varios solicitantes pidieron que se recalcularan sus pensiones, pero sus peticiones fueron denegadas. En 2011, el Tribunal Constitucional letón confirmó la disposición impugnada, afirmando su compatibilidad con la Constitución y el CEDH. Para ello, señaló que, a diferencia del caso *Andrejeva*, los actuales demandantes habían trabajado fuera del territorio letón y, por tanto, carecían de

⁶⁶ Tribunal Constitucional austriaco, *Miltner*, VfSlg 11500/1987

⁶⁷ Tribunal Constitucional italiano. Decisiones 348 y 349/2007.

⁶⁸ Cf. F. B. D. MONTE; F. FONTANELLI, «The Decisions No. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System.», *German Law Journal*, vol. 9, 7, 2008, p. 915.

⁶⁹ TEDH. *G.I.E.M. S.r.l. y otros contra Italia (GC)*. N° 1828/06, 28 de junio de 2018. Opinión disidente del Juez Pinto de Albuquerque, par. 10 (como sinónimo de *controlimiti*).

⁷⁰ TEDH. *Mugemangango contra Bélgica (GC)*. N° 310/15, 10 de julio de 2020. Opinión concurrente del Juez Wojtycek, par. 4.

⁷¹ TEDH. *Savickis y otros contra Letonia (GC)*. N° 49270/11, 9 de junio de 2022.

vínculos jurídicos con dicho Estado. Además, se apoyó en la doctrina de la “*continuidad del Estado*” (parte de su identidad constitucional, al igual que sucede con Estonia y Lituania), que contempla la condición de Letonia como no sucesora de la Unión Soviética debido a la ocupación ilegal que sufrió en 1940. Tras considerar el TEDH este contexto, reconoció un amplio margen nacional de apreciación y concluyó que aquel trato diferenciado se basaba en motivos objetivos y razonables. La opinión disidente conjunta no menoscabó la idea de la identidad constitucional del Estado, pero argumentó que no debía aplicarse en este caso. Además, advirtió de que esta doctrina podía utilizarse indebidamente (párr. 24).

Un año después, en *Valiullina*⁷², el TEDH evaluó si las enmiendas legislativas promulgadas en 2018 para aumentar las asignaturas impartidas en la lengua oficial, el letón, en las escuelas públicas eran desproporcionadas. Los demandantes, conformados por padres e hijos de la minoría rusoparlante, argumentaron que estas enmiendas restringían significativamente el uso de su lengua materna en el sistema educativo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional subrayó, entre otros argumentos, el impacto negativo de la ocupación soviética en el uso de la lengua letona al interior de la sociedad y el sistema educativo. El TEDH, tras estudiar el asunto, afirmó que los Estados poseen un amplio margen de apreciación para la regulación del derecho a la educación. Al mismo tiempo, dado que la lengua del Estado es una parte central de su identidad constitucional, subrayó que no le correspondía cuestionar la apreciación del Tribunal Constitucional sobre esa cuestión, a menos que haya sido arbitraria. Pero, la reforma permitía a los estudiantes rusoparlantes seguir aprendiendo su lengua y preservando su identidad cultural, al tiempo que garantizaba que el sistema educativo funcionara, principalmente, en la lengua oficial. Así, el TEDH concluyó unánimemente que Letonia había aportado justificaciones objetivas y razonables. Por último, los casos *Džibuti*⁷³ y *Djeri*⁷⁴, también relacionados con las enmiendas de 2018 en el sistema educativo letón –pero ahora para las escuelas privadas y la educación preescolar, respectivamente– siguieron el mismo camino que el caso *Valiullina*, y no se constató ninguna violación del CEDH.

En resumen, aunque se trata sólo de una etapa inicial dentro de la jurisprudencia del TEDH, con sólo cuatro sentencias relativas a Letonia, podemos identificar algunos elementos comunes en aquellos casos. En primer lugar, el TEDH reconoció de forma explícita la doc-

⁷² TEDH. *Valiullina y otros contra Letonia*. Nº 56928/19, 14 de septiembre de 2023.

⁷³ TEDH. *Džibuti y otros contra Letonia*. Nº 225/20, 16 de noviembre de 2023.

⁷⁴ TEDH. *Djeri y otros contra Letonia*. Nº 50942/20 y 2022/21. 18 de julio de 2024.

trina de la identidad constitucional como un argumento válido –pero excepcional– del Estado para aplicar justificadamente las disposiciones del CEDH de forma diferenciada. En segundo lugar, los elementos de identidad constitucional alegados no siempre se encontraban en la Constitución, sino también en una ley, lo cual abre las puertas a encontrar eventualmente un rasgo de identidad constitucional fuera de las disposiciones constitucionales. En tercer lugar, la comprensión de la identidad constitucional por parte del TEDH no se redujo a un enfoque jurídico-constitucional. Por el contrario, se consideraron algunos componentes de la perspectiva histórico-cultural (por ejemplo, la Ley de pensiones estaba arraigada en hechos históricos de la vida del país, mientras las enmiendas de 2018 estaban ancladas en una disposición constitucional sobre la lengua oficial). En cuarto lugar, tal y como solicitó Letonia, el TEDH valoró la identidad constitucional como un objetivo legítimo para el trato diferenciado del CEDH que debería estar bajo el paraguas del margen de apreciación. Así, el TEDH no consideró la identidad constitucional como una nueva doctrina autónoma, sino como una causal novedosa dentro de una doctrina ya existente. Si ese es el caso, la identidad constitucional sería sólo un botón de potencial activación del margen de apreciación, estando siempre sujeta a un control posterior del TEDH. Difícilmente podría ser de otra manera, pues sería impensable que el TEDH admita una nueva doctrina cuya última autoridad dependa solo de los Estados. A todo esto, ¿también es ese el punto de vista de los Estados?

3.3. La perspectiva de los tribunales constitucionales

Para responder a tal pregunta es necesario considerar primero que, debido a la fase germinal de este debate en el TEDH, las respuestas provisionales, necesariamente, proceden de la dilatada discusión en el TJUE. Si ese es el caso, es posible trazar una imagen general de lo que significa la identidad constitucional dentro del COE contemplando las contribuciones de los tribunales constitucionales dentro de la UE, pero considerando al mismo tiempo el distinto marco jurídico en el que nos hallamos.

Según hemos visto, los tribunales constitucionales han presentado, habitualmente, la doctrina de la identidad constitucional como una herramienta para proteger los elementos fundacionales inexcusables de su orden constitucional. En ese sentido, si un acto o una decisión de la UE los vulnerase, el Estado podría considerar esas intervenciones como actos *ultra vires*, es decir, como actos fuera de la competencia de integración adjudicada, por tanto, jurídicamente no

vinculantes. Asimismo, estos tribunales reconocen como componentes de aquella identidad constitucional la estructura y las funciones esenciales de los Estados (art. 4.2 TUE), los derechos fundamentales y –dependiendo del país– algunos rasgos históricos o culturales. Ahora bien, ¿se replica este parecer en el seno del COE? Creemos que sí, en tanto aquellos tribunales han presentado a tales componentes como constitucionalmente vitales para sus órdenes jurídicos. Bajo esa intelección, la estructura y las funciones del Estado no deberían ser problemáticas pues, al no existir un propósito de integración, esos componentes, con más razón, sólo estarían bajo el control del TEDH en contados casos. Así, mientras es difícil imaginar que el TEDH se pronuncie sobre las estructuras fundamentales de un Estado (una constitución escrita o no, una monarquía o república, un sistema presidencial o parlamentario, un gobierno centralizado o descentralizado, la revisión judicial de las leyes, la relación Iglesia-Estado o la supremacía legislativa), es esperable ver sentencias relacionadas con las funciones esenciales del Estado (la integridad territorial, el orden público o la seguridad nacional⁷⁵).

Sin embargo, los demás componentes sí podrían resultar problemáticos en el nuevo escenario, debido a su textura abierta y su consecuente sujeción a la controversia. Dejando de lado a los elementos históricos y/o culturales no constitucionalizados, los “derechos fundamentales” de los Estados (o una interpretación de éstos del tribunal constitucional) podrían eventualmente ser invocados para limitar la eficacia del CEDH (o una interpretación al respecto del TEDH). Si así fuese, no se trataría de una cuestión nueva, pues el Art. 53⁷⁶ CEDH ya ha incorporado el denominado principio *pro homine* o *pro persona*. Así, de encontrarnos en una situación en la que un derecho fundamental en la Constitución o un derecho humano en otro tratado ofreciese una mejor/mayor protección que la prevista en el CEDH, deberían éstos prevalecer⁷⁷. Tal afirmación, no está en disputa. En su lugar, el desafío habitual radica en determinar quién lo determina: ¿el TEDH o el Tribunal Constitucional? Nos encontramos, una vez más, en el típico esquema de la batalla por saber quién tiene la última

⁷⁵ TEDH. *Irlanda contra el Reino Unido*. N° 5310/71, 18 de enero de 1978.

⁷⁶ CEDH. Art. 53: *Nada de lo dispuesto en el presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o derogar cualquiera de los derechos humanos y libertades fundamentales que puedan estar garantizados en virtud de la legislación de cualquiera de las Altas Partes Contratantes o en virtud de cualquier otro acuerdo del que sea parte.*

⁷⁷ Cf. W. DAÜBLER, «Los derechos fundamentales en ordenamientos jurídicos de niveles múltiples», en Griselda Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 138-139.

palabra. Considerando que el TEDH es competente para interpretar el CEDH (art. 32), incluido el mentado art. 53, es esperable que este tribunal asuma como suya tal potestad última. Sin embargo, el principio *pro homine* no ha sido creado por el CEDH, sino que se trata de un principio ampliamente reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos⁷⁸. Por lo tanto, también es plausible y defendible que un Estado reivindique para sí esa competencia excepcional.

Lo novedoso con la incorporación de la identidad constitucional en el COE, es que el Estado tendría un argumento jurídico más sólido para afirmar que, en determinadas circunstancias, esa última potestad decisoria le corresponde. Ello significa que, de ser el caso, un tribunal constitucional podría dar prevalencia a una norma nacional de derechos fundamentales para evitar erosionar un elemento central de su orden constitucional, esto es, de su identidad constitucional, tal y como podría ocurrir en la UE. Pero ese enfoque parece inviable dentro del COE en la medida en que es una postura común del TEDH y de los Estados apreciar la identidad constitucional como una nueva causa para operar el margen de apreciación. Es preciso recordar aquí que, si el preámbulo del CEDH establece que el disfrute del margen de apreciación por parte de los Estados está “sometido a la jurisdicción de control del” TEDH, luego, no hay fundamento jurídico para que los Estados sostengan que, en razón de la identidad constitucional, tienen la última palabra tras un infructuoso diálogo con el TEDH. Al interior del COE, entonces, la identidad constitucional sería una doctrina heterónoma, no autónoma, como lo es en la UE. Dicho esto, es preciso ser modestos con esta reciente conclusión pues, para este análisis, estamos considerando a la defensa jurídica letona –y su consideración de la identidad nacional como parte del margen de apreciación– como representativa de otros Estados europeos. Mas, si no fuese así y las advertencias hechas por tribunales constitucionales como los de Alemania, Austria, Reino Unido o Italia siguiesen vigentes, habría una ventana abierta para definir la identidad constitucional como una excepción a la supervisión del TEDH, de producirse una infracción grave de los pilares fundamentales de una Constitución. P. e., aunque la defensa de Italia en el caso *Lautsi* –sobre el papel que desempeñan los símbolos religiosos en la plaza pública, considerando la historia y cultura italianas– no se estructuró precisamente en términos de “identidad constitucional”, teniendo en cuenta su reacción

⁷⁸ Cf. M. PINTO, «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en Martín Abregú, Christian Courtis, Germán Bidart (eds.) *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

jurídica y política, así como el apoyo que recibió por más de veinte Estados miembros del COE⁷⁹, parece bastante plausible creer que si la Gran Sala hubiese confirmado la decisión de la Sala (retirar la cruz de las escuelas públicas por suponer una violación del CEDH), se hubiese producido un duro desacato de dicha sentencia.

3.4. ¿Una perspectiva desde los derechos humanos?

Llegados aquí, la pregunta imperativa es si esta nueva doctrina debería ser acogida en el SEDH. Quizás, para quienes vieron con cierto recelo las intenciones de los Estados al positivizar el margen de apreciación en el Protocolo N° 15⁸⁰, añadir un nuevo fin legítimo (identidad constitucional) que pueda activar ese mecanismo no sea nada bueno. Particularmente, si se le considera como una herramienta vacía que abre vía a la arbitrariedad política⁸¹ por parte de regímenes autoritarios que buscan desproteger los derechos humanos de sus ciudadanos⁸² (como ha hecho Rusia en el pasado para burlar las sentencias del TEDH⁸³). De hecho, existen preocupaciones honestas y razonables al respecto. No obstante, el potencial mal manejo por parte de algunos actores (o, peor aún, la premisa implícita de Estados permanentemente dispuestos a socavar el SEDH) parece insuficiente para descartar una doctrina legal, más aún, si el TEDH puede supervisarla.

Un régimen abusivo que no esté dispuesto a proteger los derechos de las personas encontrará cualquier excusa para hacerlo, sea utilizando la identidad constitucional como Rusia en 2016⁸⁴, cualquier otra doctrina o, incluso, un desfasado paradigma del Estado soberano absoluto. Por supuesto, ese hecho innegable debe tenerse en cuenta, pero más como advertencia para diseñar las debidas salvaguardas doctrinales que como motivo para echarlo por tierra. El caso ruso es emblemático por su ausencia de ánimo para cumplir las sentencias

⁷⁹ Cf. G. PUPPINCK, «The Case of Lautsi v. Italy: A synthesis», *BYU Law Review*, 3, 2012, pp. 886-887.

⁸⁰ Cf. F. FABBRINI, *The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison*, iCourts Working Paper, 2015, pp. 13-15.

⁸¹ Cf. F. FABBRINI; A. SAJÓ, «The dangers of constitutional identity», *European Law Journal*, vol. 25, 4, 2019, pp. 467-469.

⁸² Cf. S. GANTY; D. KOCHENOV; I. NUGRAHA, «Constitutional Identity vs. Human Rights», *Verfassungsblog*, 2023, fecha de consulta 5 agosto 2024, en <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-vs-human-rights/>.

⁸³ Tribunal Constitucional de Rusia. Sentencia n° 21-II/2015, 14 de julio de 2015.

⁸⁴ Tribunal Constitucional de Rusia. Sentencia n° 12-P/2016, 19 de abril de 2016, párr. 1.2.

del TEDH desde el año 2000, con picos adicionales en 2009 (casos chechenos) y 2011 (caso *Magnitsky*). La situación empeoró tras la anexión de Crimea en 2014 y la invasión de Ucrania en 2022, lo que finalmente provocó su expulsión del COE. Invocar la identidad constitucional en un escenario como aquel no era más que una excusa retórica. Lo curioso es que, como afirma MÄLKSOO⁸⁵, el Tribunal Constitucional ruso construyó su argumento de identidad constitucional basándose en casos anteriores de Alemania, Italia y el Reino Unido. No obstante, tales países no han tenido ese tipo de comportamiento hacia los derechos humanos y el COE. Así pues, *prima facie*, la eventual culpa del actor no debe confundirse con las eventuales deficiencias de la doctrina. La identidad constitucional no en sí misma una causa imperativa de la violación del CEDH; *ergo*, su reconocimiento no constituye una pendiente resbaladiza⁸⁶.

La segunda objeción general se centra en la indeterminación de la identidad constitucional. Sin embargo, esta es una característica común en las doctrinas que funcionan como bisagra entre el orden jurídico internacional y el nacional. Sin duda, hay que esforzarse por delimitar y definir su contenido y criterios operativos. Lo que parece contradictorio es censurar la vaguedad de la identidad nacional o el margen de apreciación mientras se acoge con beneplácito la identidad constitucional europea o la doctrina del consenso emergente. Todas ellas comparten esa misma debilidad. Por tanto, deberíamos descartarlas o, en su lugar, podríamos valorarlas como teorías imperfectas pero útiles para alimentar la compleja relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de los derechos fundamentales. Preferimos esta última vía, sobre todo teniendo en cuenta que la identidad nacional y el margen de apreciación se han incorporado, finalmente, al TUE y al CEDH tras varios años de práctica en la comunidad jurídica⁸⁷. Huelga decir que, si la noción de la identidad constitucional en el COE no es más que un nuevo motivo para requerir un margen de apreciación, parece no ha-

⁸⁵ Cf. L. MÄLKSOO, «Russia's Constitutional Court Defies the European Court of Human Rights: Constitutional Court of the Russian Federation Judgment of 14 July 2015, No 21-П/2015», *European Constitutional Law Review*, vol. 12, 2, 2016, pp. 388-394.

⁸⁶ Cf. I. NUGRAHA, «Protection of Constitutional Identity as a Legitimate Aim for Differential Treatment: ECtHR 9 June 2022, No. 49270/11, Savickis and Others v Latvia», *European Constitutional Law Review*, vol. 19, 1, 2023, p. 150.

⁸⁷ Cf. S. DOTHAN, «Standards of Review in International Courts», *iCourts Working Paper Series*, 353, 2024, p. 4; A. MENÉNDEZ, «Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario», cit., p. 567.

ber razón para esperar que esta novedad se incluya textualmente en un futuro protocolo del CEDH.

Si la identidad constitucional es un posible botón para activar el margen de apreciación, entonces, comparte indirectamente las ventajas de dicha doctrina. El margen de apreciación instruye al TEDH para que conceda a los Estados cierto grado de discrecionalidad en la formulación de sus políticas, sin considerarlas necesariamente violatorias del CEDH, a menos que se supere cierto umbral⁸⁸. Así, permite diferentes estándares de revisión para determinar su amplitud o estrechez⁸⁹: a) la naturaleza del derecho implicado; b) el consenso europeo existente o no; c) cómo transcurrió el procedimiento político a través de la legislatura y si los tribunales nacionales aplicaron la evaluación de proporcionalidad que hace el TEDH; y d) el daño potencial de la legitimidad social del TEDH por sobrepasar la legitimidad normativa de los órganos democráticos electos. En esa línea, el margen de apreciación tiene un impacto ventajoso en el derecho interno: a) desde una perspectiva procesal, la consolidación del principio de separación de poderes con sus controles y equilibrios institucionales inherentes; b) desde una perspectiva sustantiva, la cristalización de principios generales e indeterminados de derechos humanos dentro de comunidades particulares y determinadas de personas humanas. En suma, la revalorización del proceso político-democrático de adopción de decisiones dentro de los límites institucionales-constitucionales (democracia constitucional). Dicho esto, ¿existen ventajas singulares de la identidad constitucional como tal? Aunque no disociadas de las ventajas del margen de apreciación, ciertamente, existen dos razones más para apoyar la identidad constitucional. A nivel nacional, es un mecanismo útil para evitar la despolitización de los derechos humanos. Mientras a nivel internacional puede compensar la ausencia de estructuras democráticas tradicionales.

3.4.1. Repolitizar los derechos humanos

Si el propósito de la identidad constitucional es proteger los elementos centrales de la Constitución, entonces pretende salvaguardar los fundamentos más valiosos del orden jurídico de esa comunidad política. Eso no puede considerarse caprichoso. Como ya se ha mencionado, tales elementos centrales en el marco del COE son, princi-

⁸⁸ Cf. E. BENVENISTI, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1998, pp. 843, 845-846.

⁸⁹ Cf. S. DOTHAN, «Standards of Review in International Courts», cit., pp. 7-17.

palmente, los derechos fundamentales. Así, podría darse el caso de que un tribunal constitucional apreciase una amenaza para esos derechos si una cierta interpretación del TEDH se alejase injustificadamente de las obligaciones internacionales contenidas en el CEDH, o si se proporcionase una comprensión imperativa y única sobre un derecho, ignorándose arbitrariamente el debate abierto sobre esa comprensión. En cualquier caso, dentro de la esfera nacional, esa decisión internacional es una invitación a cuestionar el elemento de la identidad constitucional implicado, sea para que suprimirlo o remodelarlo. Lo que parece inaceptable es excluir una posible respuesta negativa tras un proceso doméstico que refleje un ejercicio del principio democrático a través de las instituciones (parlamento) y/o procedimientos locales (una enmienda constitucional)⁹⁰. Este escenario excepcional requiere más una evaluación caso por caso que una solución dogmática abstracta, pues tanto el TEDH como el Estado pueden tener razones justificadas para proceder de ese modo. No es recomendable asumir *a priori* la mala fe de ninguno de ellos.

El conocido caso *ABC v. Irlanda* sobre el aborto podría ser un buen ejemplo. Aunque no se debatió en términos de identidad constitucional, existía un artículo constitucional explícito que protegía el derecho a la vida del *nasciturus* (antiguo artículo 40.3.3 de la Constitución), así como una larga tradición jurídica en ese sentido (leyes nacionales, decisiones de los tribunales locales, enmiendas constitucionales, etc.), firmemente respaldada por una mayoría de la sociedad (todo ello asumible como parte de la identidad constitucional irlandesa⁹¹). Teniendo en cuenta el contexto jurídico y cultural irlandés⁹² y la ausencia de consenso europeo, el TEDH reconoció un amplio margen de apreciación. Ahora bien, si el TEDH hubiese considerado al aborto como parte de un derecho fruto del consenso europeo –como sugirieron los magistrados en la opinión conjunta parcialmente discrepante–, en detrimento de un margen de apreciación para que Irlanda evalúe y equilibre la cuestión, parece claro que una característica esencial del orden constitucional irlandés habría sido modificada sin la participación de su *demos* y en contra de éste.

⁹⁰ Actualmente no estamos considerando el debate alternativo de la “identidad constitucional”, que limita las reformas constitucionales sustantivas y confiere a los tribunales constitucionales una competencia implícita de revisión judicial para hacerlo.

⁹¹ Cf. G. J. JACOBSON, «Constitutional Identity», *The Review of Politics*, vol. 68, 3, 2006, pp. 384-394.

⁹² TEDH. *A, B y C c. Irlanda*. Nº 25579/05, 16 de diciembre de 2010, párrs. 230-233.

Además, existe otro problema pues es discutible si ese resultado sería una obligación internacional consagrada en el artículo 8 del CEDH⁹³. En otras palabras, en un escenario como ese, habríamos alcanzado una política de derechos humanos sobre una cuestión muy controvertida sólo a través de la actividad judicial internacional, sustrayendo el problema tanto del ámbito político nacional, donde debería debatirse, ponderarse y decidirse democráticamente (como ocurrió en el referéndum irlandés sobre el aborto de 2018), como del ámbito político internacional, a través de la adopción por los Estados de nuevos protocolos para el CEDH. Aunque algunos temen ese enfoque por considerar que contradice la lógica universal de los derechos humanos, lo cierto es que, “la subsidiariedad sirve para explicar que la deferencia otorgada a los Estados no niega la universalidad del derecho humano, sino que simplemente permite la instanciación de principios universales de acuerdo con las circunstancias, la cultura y la historia de cada comunidad.”⁹⁴

En cualquier caso, este escenario no debería ser un problema pues, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que a menudo adopta un enfoque más intervencionista debido a su comprensión sustantiva de la democracia, el TEDH tiende a mostrar una mayor deferencia, lo cual refleja su adhesión a un concepto más formal de la democracia⁹⁵. Eso significa que el TEDH no suele privilegiar una noción teórica de los derechos humanos como requisito previo para validar la toma de decisiones democrática, sino que prefiere validar una política concreta de derechos humanos si es el resultado de una toma de decisiones democrática formal. En tal sentido, las pruebas empíricas indican que el TEDH hace cada vez más referencia al margen de apreciación en los debates relativos al agotamiento de los recursos internos. Este cambio puede sugerir una adaptación estratégica del margen de apreciación, pasando de una doctrina general de deferencia a una herramienta más matizada para evaluar si los procesos a nivel estatal merecen deferencia⁹⁶. Este enfoque de la

⁹³ Cf. Á. J. GÓMEZ MONTORO, «Vida privada y autonomía personal o una interpretación “passe-partout” del artículo 8 CEDH», en *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, 2016, sec. 5.

⁹⁴ S. BERTELSEN, «The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity», 2014, Notre Dame, Indiana, p. 270.

⁹⁵ Cf. Y. MONTERO, «El paradigma entre la democracia y la interpretación evolutiva de los derechos humanos», *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, 2024, pp. 100-111.

⁹⁶ Cf. M. MADSEN, «Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9, 2, 2018, pp. 199-203, 214.

protección de los derechos humanos ofrece varias ventajas⁹⁷: conserva los recursos del TEDH, permitiéndole centrarse en los casos en los que las deficiencias de los procedimientos nacionales indican un mayor riesgo de violaciones graves. Además, incentiva a los Estados a mejorar sus procesos jurídicos para evitar sentencias adversas. En definitiva, siendo conscientes de los defectos potenciales de la identidad constitucional, tenemos buenas noticias cuando existe la posibilidad de revalorizar el componente político en la configuración de los derechos humanos.

3.4.2. *Reequilibrar el sistema*

La sección anterior abordaba la recuperación del factor político en la fundamentación de los derechos humanos. Esta sección representa la otra cara de la moneda en la medida en que trata de equilibrar la relación entre los extensos debates de tónica global-local y judicial-legislativo. Entre otras, hay dos razones para considerar positivo ese ajuste. En primer lugar, cuando nos enfrentamos a una cuestión compleja con fuertes puntos de vista contrapuestos y sin una solución clara en el CEDH, la decisión deben tomarla los órganos democráticos nacionales, no el TEDH. Del mismo modo, si surgen nuevos retos derivados del ejercicio de libertades que antes no suponían una amenaza, se debe permitir a los poderes electos que experimenten y asuman riesgos a la hora de abordarlos. El TEDH tendrá luego la oportunidad de evaluar si esas vías colisionan gravemente con el CEDH. Como ha avanzado RUSH⁹⁸ sobre la libertad de expresión cuando el Tribunal Supremo de Estados Unidos anuló una prohibición del Congreso sobre los vídeos “crush”⁹⁹ (*Estados Unidos v. Stevens*) y una ley de California que restringía el acceso de los menores a los videojuegos violentos (*Brown v. Entertainment Merchants Association*):

“(...) es necesario que el poder judicial permita que el legislativo y el ejecutivo tomen medidas novedosas y quizá poco claras para hacer frente a los nuevos retos que surgirán como resultado de las perturbaciones exógenas del sistema político o constitucional. Aunque permitir tales acciones puede crear la posibilidad de que los poderes electos actúen caprichosamente o amenacen las libertades, el poder judicial tiene la capacidad de responder.”

⁹⁷ Cf. S. DOTHAN, «Standards of Review in International Courts», cit., p. 13.

⁹⁸ Cf. M. RUSH, «21st Century Speech Rights and the Paradigm Crisis of Constitutional Democracy (ICON-S Annual Conference)», Madrid, 2024, pp. 17-18.

⁹⁹ Los “crush” vídeos muestran a mujeres haciendo daño a pequeños animales, a menudo para satisfacer los fetiches sexuales sádicos de ciertos espectadores.

Mutatis mutandis, considerando los casos del velo islámico, habría sido un error que el TEDH adoptara una norma uniforme en un desafío novedoso iniciado en Europa con la inmigración musulmana. En su lugar, los Estados miembros adoptaron sus propias normas, evidenciando además una variedad de respuestas al fenómeno. Por ejemplo, el caso *SAS v. Francia*¹⁰⁰ demostró cómo este asunto puede estar directamente vinculado con la identidad constitucional de un país¹⁰¹ (aunque Francia no utilizó explícitamente esos términos). Al prohibir el uso público del velo integral, Francia invocó como parte de sus argumentos la contradicción de esa vestimenta con los valores nacionales fundamentales de “libertad, igualdad, fraternidad”, tal y como se recogen en el preámbulo de la Constitución francesa. Ello quizás ilustra cómo centrarse en el preámbulo de la Constitución y en las cláusulas de enmienda puede servir como vía privilegiada para identificar los valores constitucionales¹⁰². En fin, como es sabido, el TEDH aceptó ese enfoque y reconoció un amplio margen de apreciación. Si, de una parte, los órganos elegidos deben tener la autoridad primordial a la hora de buscar soluciones frente a nuevos retos jurídicos y, de otra parte, la identidad constitucional puede guiar a esos órganos elegidos a la solución, parece vital valorar positivamente a esta doctrina.

La segunda razón se refiere al apego constitucional. Despreciar la identidad constitucional puede repercutir negativamente en la ideología constitucional¹⁰³ que subyace a su delicada construcción. Si las ideologías contribuyen a crear la identidad¹⁰⁴, la ideología constitucional resulta atractiva por su papel en la construcción de la identidad constitucional, que proporciona significado y valor a la vida de las personas y conforma un vínculo entre el individuo y las instituciones. P. e., “los papeles constitucionales, como el de ciudadano, juez y

¹⁰⁰ TEDH. S.A.S. *contra Francia*. N° 43835/11, 1 de julio de 2014.

¹⁰¹ Cf. P. CRUZ MANTILLA, «Identidad nacional y sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», cit., pp. 18-19.

¹⁰² Cf. C. GREWE, «Methods of identification of National Constitutional Identity», en Alejandro Saiz, Carina Alcoberro (eds.) *National constitutional identity and European integration*, Intersentia, 2013, p. 39.

¹⁰³ Nicholas Barber presents the constitutional ideology notion “as an analytical tool, one which builds on the standard way of viewing constitutions as sets of rules, but which treats these rules as grounded in social groups and combining to form a worldview, a model of reality contained within the constitutional order that conditions discourse within constitutional institutions.” N. BARBER, «What is constitutional ideology?», *International Journal of Constitutional Law*, vol. (forthcoming), 2024, pp. 34-35.

¹⁰⁴ Cf. J. M. BALKIN, *Cultural Software: A Theory of Ideology*, Yale University Press, 2003, p. 18.

legislador son, en parte significativa, construcciones ideológicas, y es nuestra capacidad para ocupar papeles constitucionales lo que nos permite hablar de identidad constitucional, es decir, el elemento de la identidad de los miembros del Estado que se construye a través de su relación con el Estado.”¹⁰⁵ Por supuesto, la identidad constitucional no es estática y puede o debe cambiar según se trate. Si es así, la mejor forma de conseguirlo no es a través de una decisión judicial internacional vertical, sino de la misma forma en que fue creada: a través de un procedimiento político-jurídico en el ámbito nacional. Una vez más, las ideologías constitucionales son vitales para establecer el apego constitucional, permitiendo la identificación con el orden constitucional¹⁰⁶, es decir, los conceptos o símbolos ideológicos que fundamentan los relatos que hacen que el orden constitucional sea comprensible y atractivo para su pueblo¹⁰⁷. Así las cosas, tenemos otra razón para ponderar cuidadosamente la identidad constitucional.

Al fin y al cabo, esta nueva tendencia puede corresponder a lo que LUSTIG y WEILER¹⁰⁸ han denominado la tercera ola dentro del mundo contemporáneo. En síntesis, después de dos olas globales (las revoluciones constitucionales y el surgimiento del derecho internacional), ha surgido una tercera que funciona como reacción, siendo un intento de los tribunales nacionales de abordar la falta de Estado de derecho, democracia e identidad en la gobernanza transnacional. Si tuviéramos que destilar el núcleo normativo sustantivo de la revolución constitucional –la primera ola–, éste se centraría en la protección de la autonomía individual y la igualdad. El aspecto internacional –segunda ola– de este núcleo desempeña un papel crucial en la resistencia a los excesos del nacionalismo. Aunque tales aspiraciones sean innegablemente nobles, resulta llamativa la ausencia de consideraciones sociales y colectivas, pues se termina contribuyendo a la homogeneización cultural de las sociedades y al aplanamiento de sus identidades.

Según afirman ambos, el concepto de identidad está a menudo vagamente definido y puede parecer un recurso retórico, quizá destinado a suavizar el uso asertivo de la soberanía. Sin embargo, también puede reflejar un auténtico cambio en el pensamiento constitu-

¹⁰⁵ N. BARBER, «What is constitutional ideology?», cit., p. 12.

¹⁰⁶ Cf. M. LOUGHLIN, «The Constitutional Imagination», *The Modern Law Review*, vol. 78, 1, 2015, pp. 2-5, 15.

¹⁰⁷ Cf. N. BARBER, «What is constitutional ideology?», cit., pp. 12-13, 34-35.

¹⁰⁸ Cf. D. LUSTIG; J. H. H. WEILER, «Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2, 2018, pp. 340-341, 357-358.

cional. Una interpretación alternativa de la jurisprudencia de Lisboa sugiere que aborda la cuestión del déficit democrático evolucionando hacia un enfoque centrado en la identidad. Este cambio es evidente en los tratados de la UE, que recientemente han hecho hincapié en la protección de la “identidad nacional” como valor fundamental. Tradicionalmente, las disposiciones constitucionales, sobre todo en materia de derechos humanos, han protegido a los individuos frente a los intereses colectivos. Pero este nuevo enfoque reinterpreta dichas disposiciones como marcadores culturales e identitarios de la colectividad, que los tribunales constitucionales se encargan ahora de salvaguardar. La prominencia de la cláusula de identidad nacional subraya su importancia, ya que representa una tercera ola en el pensamiento constitucional. Como sugieren, este desarrollo desvincula sutilmente la protección de los derechos humanos de su marco liberal clásico –en el que el individuo se enfrenta al Estado– y lo reconfigura como expresión de la identidad nacional. Esta re-imaginación de los derechos justifica una interpretación alternativa o el rechazo de las normas jurídicas internacionales, favoreciendo las concepciones nacionales de los derechos fundamentales.

Finalmente, afirman¹⁰⁹ que esta tercera ola en la gobernanza internacional puede ser un mecanismo autocorrectivo dentro del sistema, aunque los “puristas internacionales” la consideren una desviación de la norma. No obstante, el cambio parece inevitable desde un enfoque normativo. Las teorías democráticas tradicionales, basadas en las nociones de *demos*, nación y Estado, ofrecen una aplicabilidad limitada a la gobernanza internacional, donde no existe un “*demos* global”. Así pues, este cambio requiere un replanteamiento fundamental de los elementos básicos de la democracia y la exploración de mecanismos alternativos de legitimidad que puedan compensar la ausencia de estructuras democráticas a escala internacional. Si el Estado de derecho es la piedra angular de una democracia pluralista, la tercera ola es inevitable y potencialmente beneficiosa. Ciertamente, ello dependerá de que los jueces nacionales desempeñen un papel prudente reconociendo las ventajas del orden jurídico internacional como *acquis* y asegurándose de que tales provechos no se obtengan a costa de privar de derechos a las personas y a los pueblos.

¹⁰⁹ Cf. *Ibid.*, pp. 370-371.

4. CONCLUSIÓN

Como subraya MARTINICO¹¹⁰, aunque las disposiciones constitucionales relativas al estatus de las normas de la UE y del CEDH varían, un número creciente de jueces locales ha empezado a aplicar los principios estructurales del derecho de la UE –la primacía y el efecto directo– al CEDH. Pero, al mismo tiempo, han limitado la autoridad interpretativa del derecho del CEDH mediante principios constitucionales a menudo denominados *controlimiti*. Este fenómeno podría entenderse de forma diferente, como un acercamiento entre el Derecho de la UE y el CEDH, una reacción esperada de los tribunales constitucionales debido al abandono progresivo del margen de apreciación por parte del TEDH¹¹¹, o un mecanismo de autocorrección del sistema jurídico global (tercera ola).

Sin desacreditar las otras explicaciones, creemos que esta última es la más acertada para describir por qué hubo una creciente demanda de identidad nacional dentro de la UE y un margen de apreciación dentro del COE durante las dos últimas décadas, teniendo los tribunales constitucionales un papel protagonista en ese proceso. Como es sabido, ambas doctrinas fueron consagradas en el TUE y en el CEDH, respectivamente. Sin embargo, lo que suscitó esta investigación fue la reciente incorporación por parte del TEDH de la “identidad constitucional” como posible fin legítimo para un tratamiento diferenciado del CEDH, mereciendo en tal caso un margen de apreciación. Todavía nos encontramos en una fase germinal del debate en el marco del COE, y el TEDH y los Estados necesitan ofrecer mejores contribuciones para definir el contenido, los criterios y el alcance de esta nueva doctrina. Mientras tanto, teniendo en cuenta el debate a largo plazo sobre la identidad nacional en el seno de la UE, hemos trazado sus posibles contornos. Naturalmente, existen algunas preocupaciones al respecto. Pero, al mismo tiempo, hay buenas razones para esperar que, si se utiliza adecuadamente, la identidad constitucional represente una mejora para el sistema europeo de derechos humanos. Así, estos nuevos problemas jurídicos, no habrán quedado sin nuevas respuestas desde el Derecho.

¹¹⁰ Cf. G. MARTINICO, «Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’?», cit., p. 423.

¹¹¹ Cf. W. SADURSKI, «Partnering with Strasbourg: constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the accession of Central and East European states to the Council of Europe, and the idea of pilot judgement», *Human Rights Law Review*, vol. 9, 2009, p. 397.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESI, E., «National identity (under Art. 4(2) TEU) and constitutional identity (as counter-limits) are not the same», en *Peace, Discontent and Constitutional Law*, 1, Routledge, 2021, pp. 108-126.
- AMALFITANO, C.; POLLICINO, O., «Two Courts, two Languages? The Taricco Saga Ends on a Worrying Note», *Verfassungsblog*, 2018, Verfassungsblog, fecha de consulta 15 agosto 2024, en <https://verfassungsblog.de/two-courts-two-languages-the-taricco-saga-ends-on-a-worrying-note/>.
- AZPITARTE, M., «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 39, 2017, pp. 413-448.
- BALKIN, J. M., *Cultural Software: A Theory of Ideology*, Yale University Press, 2003.
- BARBER, N., «What is constitutional ideology?», *International Journal of Constitutional Law*, vol. (forthcoming), 2024.
- BENVENISTI, E., «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1998, p. 843.
- BERTELSEN, S., «The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity», 2014, Notre Dame, Indiana.
- BESSELINK, L. F. M., «National and constitutional identity before and after Lisbon», *Utrecht Law Review*, vol. 6, n.º 3, 2010, pp. 36-49.
- CLAES, M., «The Primacy of EU Law in European and National Law», en Damian Chalmers, Anthony Arnall (eds.) *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, p. 0.
- CRUZ MANTILLA, P., «Identidad nacional y sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos: una dudosa analogía.», *Anales de Derecho*, n.º Extra 1, 2020, p. 9.
- CRUZ MANTILLA, P., «Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE», *Revista de Derecho Político*, n.º 114, 2022, pp. 245-275.
- CRUZ MANTILLA, P., «La identidad constitucional de la Unión Europea: Una categoría jurídica en construcción», *Revista de Derecho Público*, vol. 70, n.º 2, 2022, pp. 153-190.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La identidad constitucional de los estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de*

- la Universidad Autónoma de Madrid, 2013, Ministerio de Justicia, pp. 501-514.
- DAÜBLER, W., «Los derechos fundamentales en ordenamientos jurídicos de niveles múltiples», en Griselda Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 131-143.
- DI FEDERICO, G., «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali», *Quaderni costituzionali*, n.º 2, 2019, Il Mulino, pp. 333-357.
- DÍEZ-PICAZO, L., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», en Marta Cartabia, Bruno De Witte, Pablo Pérez Tremps (eds.) *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 437-448.
- DOTHAN, S., «Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge», *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, n.º 2, 2018, fecha de consulta en <https://bit.ly/3gtBrTQ>.
- DOTHAN, S., «Standards of Review in International Courts», *iCourts Working Paper Series*, n.º 353, 2024, pp. 1-22.
- FABBRINI, F., *The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison*, iCourts Working Paper, 2015, pp. 1-17.
- FABBRINI, F.; SAJÓ, A., «The dangers of constitutional identity», *European Law Journal*, vol. 25, n.º 4, 2019, pp. 457-473.
- FARAGUNA, P.; DRINÓCZI, T., «Constitutional Identity in and on EU Terms», *Verfassungsblog*, 2022.
- GANTY, S.; KOCHENOV, D.; NUGRAHA, I., «Constitutional Identity vs. Human Rights», *Verfassungsblog*, 2023, fecha de consulta 5 agosto 2024, en <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-vs-human-rights/>.
- GARBEN, S., «Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers*», *Journal of Common Market Studies*, vol. 58, n.º 1, 2020, pp. 41-55.
- GÓMEZ MONTORO, Á. J., «Vida privada y autonomía personal o una interpretación “passe-partout” del artículo 8 CEDH», en *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, 2016, pp. 617-650.

- GREGORIO MERINO, A. D., «El nuevo régimen general de condiciona-
lidad para la protección del presupuesto de la Unión», *Revista de
Derecho Comunitario Europeo*, n.º 71, 2022, pp. 11-26.
- GREWE, C., «Methods of identification of National Constitutional
Identity», en Alejandro Saiz, Carina Alcoberro (eds.) *National
constitutional identity and European integration*, Intersentia, 2013,
pp. 37-48.
- GRIMM, D., «Three Meanings of Constitutional Identity and Their Pros-
pects in the European Union», *Centerfor Advanced Studies Blog (Lud-
wig-Maximilians-Universität München)*, 2024, fecha de consulta
19 agosto 2024, en [https://www.blog.cas.uni-muenchen.de/topics/
dissecting-democracy/three-meanings-of-constitutional-identity](https://www.blog.cas.uni-muenchen.de/topics/dissecting-democracy/three-meanings-of-constitutional-identity).
- JACOBSON, G. J., «Constitutional Identity», *The Review of Politics*,
vol. 68, n.º 3, 2006, pp. 361-397.
- KELLER, H.; STONE SWEET, A. (eds.), «Assessing the Impact of the
ECHR on National Legal Systems», en *A Europe of Rights*, 1,
Oxford University Press, 2008, pp. 677-712.
- KOCHENOV, D.; BARD, P., «Rule of Law Crisis in the New Member Sta-
tes of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement», Ro-
chester, NY, 2018.
- KOMÁREK, J., «Playing With Matches: The Czech Constitutional Court's
Ultra Vires Revolution», *Verfassungsblog*, 2012, *Verfassungsblog*.
- KOVÁCS, K., «The Rise of an Ethnocultural Constitutional Identity in
the Jurisprudence of the East Central European Courts», *German
Law Journal*, vol. 18, n.º 7, 2017, pp. 1703-1720.
- KRUNKE, H.; KLINGE, S., «The Danish Ajos Case: The Missing Case
from Maastricht and Lisbon», *European Papers - A Journal on Law
and Integration*, vol. 2018 3, n.º 1, 2018, *European Papers* ([www.
europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu)), pp. 157-182.
- KUMM, M.; FERRERES, V., «The primacy clause of the constitutional
treaty and the future of constitutional conflict in the European
Union», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n.º 2-3,
2005, pp. 473-492.
- LOUGHLIN, M., «The Constitutional Imagination», *The Modern Law
Review*, vol. 78, n.º 1, 2015, pp. 1-25.
- LUSTIG, D.; WEILER, J. H. H., «Judicial review in the contemporary
world—Retrospective and prospective», *International Journal of
Constitutional Law*, vol. 16, n.º 2, 2018, pp. 315-372.

- MADSEN, M., «Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9, n.º 2, 2018, pp. 199-222.
- MADSEN, M. R.; OLSEN, H. P.; ŠADL, U., «Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: the Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation», *European Law Journal*, vol. 23, n.º 1-2, 2017, pp. 140-150.
- MÄLKSOO, L., «Russia's Constitutional Court Defies the European Court of Human Rights: Constitutional Court of the Russian Federation Judgment of 14 July 2015, No 21- /2015», *European Constitutional Law Review*, vol. 12, n.º 2, 2016, pp. 377-395.
- MARTINICO, G., «Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts», *European Journal of International Law*, vol. 23, n.º 2, 2012, pp. 401-424.
- MENÉNDEZ, A., «Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17, 2013, pp. 561-580.
- MONTE, F. B. D.; FONTANELLI, F., «The Decisions No. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System.», *German Law Journal*, vol. 9, n.º 7, 2008, pp. 889-932.
- MONTERO, Y., «El paradigma entre la democracia y la interpretación evolutiva de los derechos humanos», *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, 2024, pp. 88-113.
- NUGRAHA, I., «Protection of Constitutional Identity as a Legitimate Aim for Differential Treatment: ECtHR 9 June 2022, No. 49270/11, Savickis and Others v Latvia», *European Constitutional Law Review*, vol. 19, n.º 1, 2023, pp. 141-162.
- PINTO, M., «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en Martín Abregú, Christian Courtis, Germán Bidart (eds.) *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163-172.

- PUPPINCK, G., «The Case of Lautsi v. Italy: A synthesis», *BYU Law Review*, n.º 3, 2012, pp. 873-927.
- ROCA FERNÁNDEZ, M. J., «La identidad constitucional de la Unión Europea en la jurisprudencia del TJUE: presente, pasado y futuro», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 41, 2024, fecha de consulta 22 agosto 2024, en https://www.ugr.es/%7Eredce/RED-CE41/articulos/01_ROCA.htm.
- ROSSI, L. S., «2, 4, 6 (TUE)...l'interpretazione dell' "Identity clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE», ITA, 2018.
- RUSH, M., «21st Century Speech Rights and the Paradigm Crisis of Constitutional Democracy (ICON-S Annual Conference)», Madrid, 2024.
- SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg: constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the accession of Central and East European states to the Council of Europe, and the idea of pilot judgement», *Human Rights Law Review*, vol. 9, 2009, pp. 397-453.
- SCHNETTGER, A., «Article 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System», en Christian Calliess, Gerhard Van der Schyff (eds.) *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, CUP, Cambridge, 2019, pp. 9-38.
- SCHYFF, G. VAN DER, «EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 76, n.º 1, 2016, W. Kohlhammer, pp. 167-191.
- SIMON, D., «Article F. Commentaire», en Vlad Constantinesco, Robert Kovar, Denys Simon (eds.) *Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992 : commentaire article par article*, Economica. Paris, 1995.
- SPIEKER, L. D., «Framing and managing constitutional identity conflicts: How to stabilize the modus vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts», *Common Market Law Review*, vol. 57, n.º 2, 2020, pp. 361-398.
- WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe: «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, CUP, Cambridge, 1999.