

# IDENTIDAD NACIONAL, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

*Catedrático de Derecho Constitucional*

*Universidad de Valladolid*

TRC, n.º 53, 2024, pp. 279-314  
ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. Intenciones. II. La identidad de la Unión y de los estados en los tratados. III. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la identidad nacional del artículo 4.2 TUE. IV. La identidad nacional y los tribunales constitucionales. V. Algunas consideraciones conclusivas sobre la identidad nacional del art. 4.2 TUE.

## I. INTENCIONES

Como es sabido, son cada vez más frecuentes las referencias que se realizan a la identidad nacional tanto en resoluciones del Tribunal de Justicia como en la de algunas destacadas jurisdicciones nacionales<sup>1</sup>. Desde que el Tratado de la Unión Europea hiciera referencia a la identidad propia de la UE y a las nacionales de los Estados miembros, resulta interesante analizar cuál es el papel que una y otra pueden jugar en el futuro de Europa.

Sin embargo, cómo veremos en el segundo epígrafe del presente estudio, mientras que las referencias a la identidad de la Unión Europea se han diluido con el paso de los años, el recurso a la idea de identidad nacional ha sido creciente en la jurisprudencia europea y estatal. Por eso dedicaremos un tercer apartado a recordar el papel que la identidad nacional ha jugado en la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A continuación explicaremos, en el cuarto

<sup>1</sup> Sobre la identidad nacional se pueden consultar, entre otras muchas obras, Burgorgue-Larse, 2013; Saíz y Alcobero, 2013, Callies y Schyff, 2019; y Cruz Mantilla, 2021.

epígrafe, algunos pronunciamientos sobre la identidad nacional y/o constitucional<sup>2</sup> presentes en resoluciones nacionales. A la vista de todas esas lecturas de la identidad nacional, a menudo incompatibles entre sí, ofreceremos, en el último epígrafe, una valoración personal sobre el alcance de la identidad nacional de los Estados miembros y su estrecha vinculación con el Derecho constitucional.

## II. LA IDENTIDAD DE LA UNIÓN Y DE LOS ESTADOS EN LOS TRATADOS

El Tratado de la Unión Europea (1992) introduce una doble referencia a la identidad en su articulado<sup>3</sup>. Mientras que en el artículo B se afirma que la Unión tendrá como objetivo “afirmar su identidad en el ámbito internacional”<sup>4</sup>, en el artículo F.1 se indica que “la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”.

Resulta interesante ver cómo han evolucionado estos preceptos de forma comparada.

En relación con el objetivo de la Unión de afirmar su identidad en el ámbito internacional, éste se mantiene con modificaciones de poco calado en el Tratado de Ámsterdam (art. 2), pero desaparece con el Tratado de Lisboa que modifica íntegramente el citado artículo y lo convierte en el vigente art. 3 TUE. Acaso esta supresión pueda explicarse por la incorporación del artículo 27.A al anterior Tratado de Niza, en el que se indicaba que “las cooperaciones reforzadas en cualquiera de los ámbitos contemplados en el presente título tendrán por finalidad defender los valores y servir los intereses de la Unión en su conjunto, mediante la afirmación de su identidad como fuerza coherente en el ámbito internacional”. Lo cierto es que tal referencia a la identidad de la Unión no figura en el Tratado de Lisboa, que aporta una nueva regulación sobre las cooperaciones reforzadas en los artículos 326 ss. TFUE. Aunque la identidad de la Unión ha sido invocada por Cruz Villalón en las conclusiones del asunto Gauweiler, el Tribunal de Justicia ha optado por obviar esta referencia en su Sentencia<sup>5</sup>.

2 Ver en el plano doctrinal, con carácter general, Millet, 2012.

3 Dejamos de lado otras referencias incluidas en el Preámbulo y Declaraciones anejas al Tratado. En el Preámbulo se compromete a promover una defensa común, “reforzando así la identidad y la independencia europeas con el fin de fomentar la paz, la seguridad, y el progreso en Europa y en el mundo”. En el Tratado de Ámsterdam se vinculará esta política de defensa común a la previsión contenida en el art. J.7.

4 Vinculada con la PESC y una eventual defensa común (texto disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=ES>).

5 Afirma el Abogado en sus Conclusiones generales que “una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros” [Conclusiones presentadas el 14 de enero de 2015, Peter Gauweiler y otros (asunto C-62/14, ECLI:EU:C:2015:7), 61]. Ver también STJUE (Gran Sala) de 16 de junio de 2015 (ECLI:EU:C:2015:400).

En relación con el respeto de la identidad de los Estados miembros, reconocida inicialmente en el artículo 6.3 TUE, en la versión del Tratado de Ámsterdam va a desaparecer el inciso “cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”, y experimentará una profunda modificación con el Tratado de Lisboa<sup>6</sup>. Se afirma ahora, en el vigente art. 4.2, que “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”<sup>7</sup>.

No deja de ser reseñable que la referencia a la identidad de la Unión Europea haya desaparecido de los Tratados y que también se haya derogado su conexión con los valores de la Unión, y que, en relación con los Estados, se haya desconectado la identidad nacional de su estructura democrática, y que se hayan incorporado otros componentes, como son “las estructuras fundamentales políticas y constitucionales” y “la autonomía, local y regional”, así como otros elementos relevantes (integridad territorial, orden público, seguridad nacional).

Hasta aquí se ha constatado como la referencia a la identidad de la Unión Europea, recogida en el Tratado de Maastricht, ha desaparecido hoy. Y cómo la referencia a la identidad nacional, en otro tiempo vinculada a la democracia, lo hace hoy a las instituciones (centrales, locales y regionales) y a otros elementos más conectados con la *puissance* de los Estados (integridad territorial, orden público, seguridad) que con las características de un Estado constitucional que merezca tal nombre; esto es, con las de un Estado social y democrático de Derecho. Junto a estos elementos se incluye otro institucional singular, que afecta a algunos Estados, como es el referido a la descentralización política<sup>8</sup>. Parece en todo caso que la identidad nacional se haya reducido a caracteres que, aunque esenciales, no son los que sirven de referente al actual modelo de Estado que resulta exigible en Europa. Y este dato es más llamativo si se recuerda que, al tiempo, la Unión Europea ha diseñado un ambicioso plan en defensa del Estado de Derecho<sup>9</sup>. No se entiende muy bien que no se vincule expresamente esta

6 Art. 3 bis.2. Las modificaciones más profundas tuvieron lugar con ocasión de la redacción del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Ver Cruz Mantilla, 2022: 250 ss., y la bibliografía citada en la nota 16.

7 Esta regla no resulta aplicable a terceros Estados [STJUE (Gran Sala) de 16 de julio de 2020, Facebook Irlanda y Schrems (asunto C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559), 81].

8 Cruz Villalón, 2013: 506.

9 El examen de esta cuestión supera las modestas pretensiones del presente estudio. Pero, como es sabido, resulta imprescindible aludir al pulso que la Unión Europea ha mantenido y mantiene con algunos Estados miembros, como son Hungría y Polonia, entre otros. Con carácter general, resulta adecuado consultar [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law_es), y entre la amplísima bibliografía puede recomendarse la lectura de Liñán y Martín (dirs.), 2018; Martín, 2021;

exigencia, prevista en el art. 2 TUE, con la identidad nacional. Y, como veremos a continuación, el Tribunal de Justicia no solamente ha optado por no integrar ambas materias, sino que ha preferido hacer una lectura literal del vigente art. 4.2 TUE, salvo contadas excepciones que también serán referenciadas a continuación.

### III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA IDENTIDAD NACIONAL DEL ARTÍCULO 4.2 TUE

En la STJUE RS<sup>10</sup> se deja claro que es el propio Tribunal de Luxemburgo quién tiene exclusiva jurisdicción para determinar si una obligación del Derecho de la Unión vulnera la identidad nacional de un Estado miembro<sup>11</sup>. Se justifica esta afirmación en su privativo poder para declarar la invalidez de un acto de la Unión<sup>12</sup> y para dar una interpretación vinculante del Derecho de la Unión<sup>13</sup>. Y se llega a indicar que “cuando un tribunal constitucional de un Estado miembro estima que una disposición del Derecho derivado de la Unión, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, incumple la obligación de respetar la identidad nacional de ese Estado miembro, dicho tribunal constitucional debe suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, en virtud del artículo 267 TFUE, a fin de determinar la validez de tal disposición a la luz del artículo 4 TUE, apartado 2, ya que el Tribunal de Justicia es el único competente para declarar la invalidez de un acto de la Unión”<sup>14</sup>.

Esta jurisprudencia encuentra fácil justificación en que el art. 4.2 TUE es una disposición de la Unión y que su máximo intérprete debe ser, como resulta lógico, el Tribunal de la Unión. De esta forma, se garantiza una interpretación, alcance y aplicación uniforme de la identidad nacional prevista en el Derecho originario de la Unión.

Lo que sí parece claro es que la identidad nacional operaría como un límite a la actuación de la Unión y que si se desconoce se debería decretar la nulidad del acto adoptado por las instituciones de la Unión. Partiendo de este dato, resulta conveniente recordar que el artículo 4.2 TUE hace referencia a diversos elementos, institucionales y funcionales, que conforman dicha identidad.

Sanz (coord.), 2022; y Ugartamendia y Sáiz (dirs.), 2021. Conviene también recordar las SSTJUE (Gran Sala) de 16 de febrero de 2022, Hungría/Parlamento y Consejo (asunto C-156/21; ECLI:EU:C:2022:97) y Polonia/Parlamento y Consejo (asunto C-157/21; ECLI:EU:C:2022:98), que vinculan la identidad constitucional europea con los valores recogidos en el art. 2 TUE (127 y 145, respectivamente).

<sup>10</sup> STJUE (Gran Sala) de 22 de febrero de 2022, RS (asunto C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99). Ver Caiola, Antonio, 2022.

<sup>11</sup> STJUE (Gran Sala) de 22 de febrero de 2022, RS (asunto C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99), 69.

<sup>12</sup> *Ibidem*, 71.

<sup>13</sup> *Ibidem*, 72.

<sup>14</sup> *Ibidem*, 71.

Entre los elementos institucionales se encuentran las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados, incluidas aquellas referidas a la autonomía local y regional. Los Estados son libres para diseñar su estructura constitucional y configurar, en su caso, un Estado políticamente descentralizado. Y parece que estas decisiones, que engloban “también a las reorganizaciones de competencias en el interior de un Estado miembro”<sup>15</sup>, son ajenas al Derecho de la Unión. Esta idea se muestra en el caso *Administración General del Estado*, en el que se cuestiona una opinión expresada por una corporación local incompatible con la Constitución española. En este caso, el Tribunal recuerda que “la autonomía local y regional [...] no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”<sup>16</sup> (26) ni presenta la situación controvertida “ningún elemento de conexión con el Derecho de la Unión” (28)<sup>17</sup>. Con independencia de que esta afirmación sea en sí mismo discutible (principio de subsidiariedad) lo relevante ahora es hacer notar que la afirmación del Tribunal de Luxemburgo hace difícilmente comprensible el alcance literal del art. 4.2 TUE.

Sin embargo, sería incorrecto afirmar hoy que la Unión Europea es ajena al diseño constitucional estatal. No se trata tanto de determinar cómo se debe articular el poder político o diseñar el poder judicial, como de asegurarse de que el modelo elegido sea compatible con la idea de Estado de Derecho. En efecto, el Tribunal de Justicia considera que si bien los Estados miembros “disponen de cierto margen de apreciación para garantizar la aplicación de los principios del Estado de Derecho”<sup>18</sup>, “se adhieren a un concepto de ‘Estado de Derecho’ que comparten [...] y que se han comprometido a respetar de forma continuada”<sup>19</sup>.

15 STJUE (Sala Tercera) de 21 de diciembre de 2016, *Remondis GmbH y otro* (asunto C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985), 41. Idea reiterada en la STJUE (Sala Cuarta) de 18 de junio de 2020, *Porin Kaupunki* (asunto C-328/19, ECLI:EU:C:2020:483), 46. En la STJUE (Sala Tercera) de 12 de junio de 2014, *Digibet Ltd y otros* (asunto C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756), se aludirá al “reparto de competencias entre los Länder, puesto que éste resulta amparado por la protección que confiere el artículo 4 TUE, apartado 2, en virtud del cual la Unión respetará la identidad nacional de los Estados” (34).

16 ATJUE (Sala Novena) de 6 de mayo de 2021, *Administración General del Estado* (asunto C-679/20, ECLI:EU:C:2021:362), 26.

17 No se acaba de entender el alegato referido al art. 4.2 TUE recogido en la cuestión prejudicial que dio lugar a la STJUE (Sala Octava) de 13 de junio de 2019, *Correia* (asunto C-317/18, ECLI:EU:C:2019:499), 65.

18 STJUE (Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (asunto C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97), 233. Ver *Saldaña Ortega*, 2023.

19 STJUE (Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (asunto C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97), 234. En idéntico sentido, se afirma en la STJUE (Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Polonia c. Parlamento Europeo* (asunto C-157/21, ECLI:EU:C:2022-98) que, “aun cuando [...] la Unión debe respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, de modo que disponen de cierto margen de apreciación para garantizar la aplicación de los principios del Estado de Derecho, de ello no se deriva en modo alguno que la referida obligación de resultado pueda variar de un Estado miembro a otro” (265). Añadiendo que, “en efecto, los Estados miembros, aun teniendo identidades nacionales distintas, inherentes a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, que la Unión respeta, se adhieren a un concepto de ‘Estado de Derecho’ que comparten, como valor común a sus propias tradiciones constitucionales, y que se han comprometido a respetar de forma continuada” (266). Además, “corresponde a las instituciones de la Unión tener

En cuanto a los elementos funcionales que forman parte de la identidad nacional son tres las misiones que conforman la identidad nacional de los Estados: (a) garantizar la integridad territorial, (b) mantener el orden público y (c) salvaguardar la seguridad nacional. Y, al afirmarse que esta última tarea sigue “siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”, podría entenderse que las otras dos misiones inciden en competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros.

El asunto es, sin embargo, más complejo, dado que (a) existen funciones compartidas entre la Unión y los Estados en algunas de estas materias y (b) incluso en las funciones estatales que se han citado son relevantes, en ocasiones, las normas de la Unión.

Entrando en la primera cuestión apuntada (funciones compartidas) debemos partir de la premisa de que “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la lucha contra el terrorismo internacional para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es un objetivo de interés general de la Unión. Lo mismo ocurre en lo que respecta a la lucha contra la delincuencia grave para garantizar la seguridad pública (sentencia de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland* y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, apartado 42 y jurisprudencia citada)”<sup>20</sup>. O se afirma que “el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión mediante la imposición de sanciones penales constituye una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, en el sentido del artículo 4 TFUE, apartado 2”<sup>21</sup>.

En lo que atañe a la segunda de las cuestiones señaladas, debe insistirse en la idea de que incluso en funciones que son exclusivamente estatales deben respetarse algunas normas de la Unión que inciden en ellas. Así, por ejemplo, aunque “las decisiones de organización militar elegidas por los Estados miembros que

en cuenta las características de los sistemas constitucionales y jurídicos de esos Estados miembros al verificar si cumplen las obligaciones de resultado que derivan directamente de su pertenencia a la Unión en virtud del artículo 2 TUE” (284). Y es que, “si bien corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión [sentencias de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531, apartado 52 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y Prokurator Generalny*, C-558/18 y C-563/18, EU:C:2020:234, apartado 36 y jurisprudencia citada]. Este puede ser el caso, en particular, de las normas nacionales relativas a los requisitos materiales y a la regulación procesal que rigen la adopción de las decisiones de nombramiento de los jueces y, en su caso, de las normas relativas al control judicial aplicable en el contexto de tales procedimientos de nombramiento [véase, en este sentido, la sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros* (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982, apartados 134 a 139 y 145]” [STJUE (Gran Sala) de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros* (asunto C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153), 68, sin que pueda invocarse una excepción vinculada con la identidad nacional en estas materias, 79]. Ver, en el mismo sentido, SSTJUE (Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo* (asunto C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98), 265; y, en el plano doctrinal, por todos, López Escudero, 2023: 4 ss.; y Kölling, 2022.

20 STJUE (Gran Sala) de 3 de diciembre de 2019, *República Checa c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea* (asunto C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035), 40.

21 STJUE (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.* (asunto C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936), 43.

tengan por objeto la defensa de su territorio y de sus intereses esenciales no se rigen, en sí mismas, por el Derecho de la Unión (véase la sentencia de 11 de marzo de 2003, Dory, C-186/01, EU:C:2003:146, apartado 35)<sup>22</sup>, de esta idea no se deriva que las decisiones de los Estados miembros relativas a la organización de sus fuerzas armadas queden excluidas de la aplicación del Derecho de la Unión, y en particular cuando se trate de normas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo<sup>23</sup>.

Tampoco duda el Tribunal de Justicia de que los Estados sean competentes para asegurar el orden público. Ahora bien, deben hacer compatible esa competencia con la salvaguarda de las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Unión Europea. Especialmente cuando puede restringir, indebidamente, derechos vinculados con la ciudadanía de la Unión, como ocurre con la libre circulación o la libertad de establecimiento. La libre circulación se ve comprometida si las autoridades búlgaras se niegan a expedir un certificado de nacimiento en el que figuran dos madres porque tal práctica contraviene el orden público, por no reconocerse en dicho país las parejas igualitarias<sup>24</sup>. Y, lógicamente, el Tribunal de Justicia entiende que Bulgaria debe emitir un documento que permita a la menor desplazarse con cualquiera de sus madres y que tal actuación no compromete su identidad nacional<sup>25</sup>, recordando que debe realizarse una lectura estricta del orden público si restringe una libertad fundamental, y que solamente “puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”<sup>26</sup>. También la libertad de establecimiento se puede ver menoscabada por una legislación nacional que proteja la lengua nacional. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que “los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr los objetivos de su política de protección de la lengua oficial, puesto que tal política constituye una manifestación de la identidad nacional, en el sentido del artículo 4 TUE, apartado 2 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de abril de 2013, C-202/11, EU:C:2013:239, apartado 26).

22 STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021, B.K. (asunto C-742/19, ECLI:EU:C:2021:597), 38. En el párrafo anterior se recuerda que “las misiones principales de las fuerzas armadas de los Estados miembros, que son el mantenimiento de la integridad territorial y la salvaguarda de la seguridad nacional, figuran expresamente entre las funciones esenciales del Estado que la Unión debe respetar, en virtud del artículo 4 TUE, apartado 2”.

23 STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021, B.K. (asunto C-742/19, ECLI:EU:C:2021:597), 39.

24 STJUE (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, VMA (asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008), 28. Ver, en el plano doctrinal, Matia, 2022; y, con carácter general, Giovannini, 2023.

25 STJUE (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, VMA (asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008), 56.

26 STJUE (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, VMA (asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008), 55, con apoyo en STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Coman y otros (asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385), 44, y la jurisprudencia allí citada. Como se recordará en este caso se trataba de asegurar que el cónyuge del mismo sexo pueda desplazarse con su pareja al país de éste, aunque en el mismo no se reconozca el matrimonio igualitario. Ver, en el plano doctrinal, entre otros muchos, Romboli, 2020; Tryfonidou, 2019: 663 ss.; y Spalding, 2019: 117 ss.

No obstante, tal margen de apreciación no puede justificar que se vulneren gravemente los derechos que confieren a los particulares las disposiciones de los Tratados que reconocen sus libertades fundamentales (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291, apartado 78)<sup>27</sup>. Y añade que “es legítimo que los Estados miembros establezcan, en principio, la obligación de que se utilice su lengua oficial en el marco de dichos programas, siempre que tal obligación vaya acompañada de excepciones, que garanticen que en el marco de la formación universitaria se pueda utilizar otra lengua que no sea la oficial”<sup>28</sup>, como es el caso.

Podemos recordar que, con carácter general, “si bien corresponde a los Estados miembros establecer las medidas adecuadas para garantizar el orden público en su territorio y su seguridad interior y exterior, no por ello cabe deducir que tales medidas se sustraen totalmente a la aplicación del Derecho de la Unión. Efectivamente, según ha señalado ya el Tribunal de Justicia, el Tratado solo establece excepciones expresas aplicables en caso de situaciones que pueden poner en peligro el orden público o la seguridad pública en sus artículos 36, 45, 52, 65, 72, 346 y 347 TFUE, que se refieren a unos supuestos excepcionales claramente delimitados. No puede deducirse de ello que exista una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión cualquier medida adoptada por motivos de orden público o de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva al margen de las condiciones específicas previstas en las disposiciones del Tratado podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 2009, *Comisión/Dinamarca*, C-461/05, EU:C:2009:783, apartado 51, y de 4 de marzo de 2010, *Comisión/Portugal*, C-38/06, EU:C:2010:108, apartado 62 y jurisprudencia citada)<sup>29</sup>. “De este modo, el alcance de las exigencias correspondientes al mantenimiento del orden público o de la seguridad nacional no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro, sin control de las instituciones de la Unión [véanse, en este

27 STJUE (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2022, *Boriss Cilevičs y otros* (asunto C-391/20, ECLI:EU:C:2022:638), 83. Ver, en el plano doctrinal, por todos, *Federico y Martinico*, 2023: 346 ss; y *Eijken y Meyermans*, 2022: 87 ss. Es interesante recordar también, en este sentido, la STJUE (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Luxemburgo* (C-51/08, ECLI:EU:C:2011:336), en la que se cuestiona que el Gran Ducado de Luxemburgo exija a los notarios ser nacionales de su país para garantizar el uso de la lengua luxemburguesa en el ejercicio de sus funciones. El Tribunal de Justicia rechazó esta justificación afirmando que, “aunque la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico de la Unión, como reconoce, por otra parte, el artículo 4 TUE, apartado 2, el interés invocado por el Gran Ducado puede sin embargo defenderse eficazmente a través de medios distintos de la exclusión con carácter general” (124). Ver, en el plano doctrinal, por todos, *Gómez*, 2013: 761 ss.

28 STJUE (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2022, *Boriss Cilevičs y otros* (asunto C-391/20, ECLI:EU:C:2022:638), 85.

29 STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2020, *Comisión Europea c. Polonia, República Checa y Hungría* (asuntos C-715/17, C-718/18 y C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257), 143. Ver, en el plano doctrinal, *Progin-Theuerkauf y Zufferey*, 2020: 587 ss.

sentido, las sentencias de 11 de junio de 2015, Zh. y O., C-554/13, EU:C:2015:377, apartado 48, y de 2 de mayo de 2018, K. y H. F. (Derecho de residencia y alegaciones de crímenes de guerra), C-331/16 y C-366/16, EU:C:2018:296, apartado 40 y jurisprudencia citada<sup>30</sup>. Y es que “nada indica que la preservación efectiva de las funciones estatales esenciales a las que se refiere esta última disposición, como la de proteger la seguridad nacional, solo pudiera garantizarse dejando inaplicadas las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601”<sup>31</sup>.

Resulta complicado asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión al tiempo que se admite que “las circunstancias específicas que pueden justificar el recurso al concepto de orden público pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra. En consecuencia, a este respecto hay que reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado”<sup>32</sup>. Ahora bien, “las medidas restrictivas de una libertad fundamental sólo pueden estar justificadas por razones de orden público si son apropiadas para garantizar la consecución de los objetivos que persiguen, así como necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar, y sólo si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas”<sup>33</sup>. Y concluye que las autoridades de un Estado miembro (Alemania, con apoyo en el artículo 109 CA) “no están obligadas a reconocer el apellido de un nacional de ese Estado miembro cuando éste posee igualmente la

30 STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2020, Comisión Europea c. Polonia, República Checa y Hungría (asuntos C-715/17, C-718/18 y C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257), 146.

31 STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2020, Comisión Europea c. Polonia, República Checa y Hungría (asuntos C-715/17, C-718/18 y C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257), 170. En particular, y en relación con la seguridad a secas, “si se cumplen los requisitos para utilizar el artículo 114 TFUE como base jurídica, no puede impedirse al legislador de la Unión que se funde en esta base jurídica por el hecho de que la protección de los intereses generales contemplados en el apartado 3 de dicho artículo, entre los que figura la seguridad, sea determinante en las decisiones que deben tomarse (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de mayo de 2016, Polonia/Parlamento y Consejo, C-358/14, EU:C:2016:323, apartado 34 y jurisprudencia citada)” [STJUE (Gran Sala) de 3 de diciembre de 2019, República Checa c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea (asunto C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035), 36].

32 STJUE (Sala Segunda) de 2 de junio de 2016, Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff (asunto C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401), 68. Apoya esta afirmación en las SSTJUE de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, EU:C:2004:614, apartado 31 y jurisprudencia citada, y de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, EU:C:2010:806, apartado 87. En el asunto Omega se admite que “la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas sea objeto de una medida nacional de prohibición adoptada por motivos de protección del orden público debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana” (apartado 41), como defendía Alemania. Ver, en el plano doctrinal, Cruz Villalón, 2013: 510.

33 STJUE (Sala Segunda) de 2 de junio de 2016, Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff (asunto C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401), 72, con remisión expresa a las SSTJUE de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, EU:C:2004:614, apartado 36; de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07, EU:C:2008:396, apartado 29, y de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, EU:C:2010:806, apartado 90. Es oportuno recordar que algunas restricciones de los derechos fundamentales se fundamentan en el Derecho internacional. Así, por ejemplo, “el hecho de que un ciudadano de la Unión ejerza las funciones de Jefe de Estado justifica una limitación, basada en el Derecho internacional, del ejercicio del derecho de circulación que le confiere el artículo 21 TFUE” [STJUE (Gran Sala) de 16 de octubre de 2012, Hungría c. República Eslovaca (asunto C-364/10, ECLI:EU:C:2012:630), 51].

nacionalidad de otro Estado miembro en el que ha adquirido ese apellido libremente elegido por él y que contiene varios elementos nobiliarios, que el Derecho del primer Estado miembro no admite, si se demuestra, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que tal denegación de reconocimiento está, en ese contexto, justificada por motivos de orden público, por cuanto resulta apropiada y necesaria para garantizar el respeto del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro”<sup>34</sup>. Sin embargo, otro precepto constitucional (en concreto, el artículo 33.5 de la Constitución italiana, que impone un examen de Estado para el ejercicio profesional) no posee la misma virtualidad. Y es que, “como ha reconocido el Gobierno italiano en la vista, se ha de considerar que el artículo 3 de la Directiva 98/5, en cuanto permite a los nacionales de un Estado miembro que obtengan el título profesional de abogado en otro Estado miembro ejercer la profesión de abogado en el Estado del que son nacionales con el título profesional obtenido en el Estado miembro de origen, no puede en ningún caso afectar a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales ni a las funciones esenciales del Estado miembro de acogida, en el sentido del artículo 4 TUE, apartado 2”<sup>35</sup>.

Examinada con cierto detenimiento la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión sobre la identidad nacional, podemos cerrar este apartado con algunas conclusiones. La primera es que el Tribunal de Justicia se ha declarado competente para determinar cuándo un acto de la Unión compromete la identidad nacional de los Estados. La segunda es que ha realizado, inicialmente, una lectura literal del artículo 4.2 TUE, vinculada con las estructuras políticas y constitucionales y con algunas funciones consideradas esenciales de los Estados. La tercera es que la delimitación de la identidad nacional es muy pequeña, ya sea por entender que las decisiones nacionales comprometen funciones compartidas entre el Estado afectado y la Unión o porque, aunque no afecte a competencias compartidas, afectan a otras competencias de la Unión que merecen una protección prioritaria. Y es que, en cuarto lugar, el canon empleado por el Tribunal de Justicia en este caso recuerda al utilizado en relación con el artículo 53 de la Carta. En relación con ese precepto se afirmaba que cuando hay un consenso (*recitius*, una normativa de la Unión), no cabe que los Estados ofrezcan un estándar superior en la protección de un derecho constitucional, ahora se indicará que si hay competencias de la Unión en juego no podrá invocarse la identidad estatal.

<sup>34</sup> STJUE (Sala Segunda) de 2 de junio de 2016, Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff (asunto C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401), 84. Ver, en el mismo sentido, STJUE de 22 de diciembre de 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein y otro (asunto C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806), 94. En la relevante STJUE (Sala Segunda) de 12 de mayo de 2011, Ilonka Sayn-Wittgenstein contra Landeshauptmann von Wien (asunto C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291), 94, el Tribunal de Justicia estima que el artículo 21 TFUE no se opone a que las autoridades competentes de un Estado transcriban los apellidos con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional, entre otras consideraciones igualmente importantes. Ver Cruz Villalón, 2013: 511.

<sup>35</sup> STJUE (Gran Sala) de 17 de julio de 2014, Torresi y Torresi (asuntos C-58/13 y C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088), 55.

Finalmente, y en quinto lugar, no se entiende bien cuál es el criterio material que ha permitido incorporar a la identidad nacional cuestiones tales como el uso de la lengua estatal o la posibilidad de no reconocer en el Estado un apellido que contiene elementos nobiliarios obtenido en otro Estado miembro (aunque en este caso se invoque el orden público en conexión con el principio de igualdad), pues no parece que tales supuestos hagan referencia a ninguna de las cuestiones expresamente previstas en el artículo 4.2 TUE.

#### IV. LA IDENTIDAD NACIONAL Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

A continuación vamos a examinar cómo valoran algunos Tribunales Constitucionales de nuestro entorno<sup>36</sup>, centrandó nuestra mirada en Francia, Italia, Alemania y España, la identidad nacional como límite a la actuación de la Unión Europea. Es de justicia hacer notar que esta temática se inscribe en otra más amplia, y es la idea, defendida por una buena parte de las jurisdicciones constitucionales estatales, de que la primacía del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos nacionales es limitada<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Puede consultarse también Vosa, 2023: 11 ss.

<sup>37</sup> El Tribunal Constitucional Federal alemán alude a este fenómeno en la difundida Sentencia de 15 de diciembre de 2021 [BVerfGE 140, 317, 47, con cita a BVerfGE 134, 366 (Decisión OMT, 2022), apartado 30] y BVerfGE 140, 317 (339) BVerfGE 140, 317 (340): “La gran mayoría de los órganos jurisdiccionales constitucionales superiores de los demás Estados miembros comparten la opinión del Tribunal Constitucional Federal en sus respectivos ámbitos de competencia según la cual la primacía del Derecho de la Unión no es ilimitada, sino que está limitada por el Derecho nacional (constitucional) [véase, para el Reino de Dinamarca: Hojesteret, sentencia de 6 de abril de 1998 —I 361/1997—, sec. 9.8; para República de Estonia: Riigikohus, sentencia de 12 de julio de 2012 —3-4-1-6-12—, párr. no. 128, 223; por lo que respecta a la República Francesa: Conseil Constitutionnel, Decisión n° 2006-540 DC, de 27 de julio de 2006, considerando 19; Decisión n.o 2011-631, CD, de 9 de junio de 2011, considerando 45; Conseil d’État, sentencia de 8 de febrero de 2007, n° 287110 [Ass.], Sociétés Arcelor Atlantique et Lorraine, EuR 2008, p. 57 [60 y ss.]; para Irlanda: Tribunal Supremo de Irlanda, Crotty c. An Taoiseach, [1987], I.R. 713 [783]; S.P.U.C. [Ireland] Ltd. v. Grogan, [1989], I.R. 753 [765]; por lo que respecta a la República Italiana: Corte Costituzionale, Decisión n° 98/1965, Acciaierie San Michele, Rec. p. 1966, p. 146; Decisión n° 183/1973, Frontini, Rec. p. 1974, p. 255; Decisión n.° 170/1984, Granital, EuGRZ 1985, p. 98; Decisión n° 232/1989, Frang; Decisión n° 168/1991; Decisión n° 117/1994, Zerini; por lo que respecta a la República de Letonia: Satversmes tiesa, sentencia de 7 de abril de 2009 —2008-35-01—,(17); por lo que respecta a la República de Polonia: Trybunal Konstytucyjny, sentencias de 11 de mayo de 2005 —K 18/04—, apartados 4.1., 10.2.; de 24 de noviembre de 2010 —K 32/09—, apartados 2.1 y ss.; de 16 de noviembre de 2011 —SK 45/09—, apartados 2.4., 2.5.; por lo que respecta al Reino de España: Tribunal Constitucional, Declaración de 13 de diciembre de 2004, DTC 1/2004, punto 2 de los fundamentos, EuR 2005, p. 339 [343] y Decisión de 13 de febrero de 2014, STC 26/2014, punto 3 de los fundamentos, HRLJ 2014, p. 475 [477 y ss.]; en lo que respecta a la República Checa: Ústavní Soud, sentencia de 8 de marzo de 2006, Pl. US 50/04, secc. VI.B.; sentencia de 3 de mayo de 2006, Pl. US 66/04, apartado 53; sentencia de 26 de noviembre de 2008, Pl. US 19/08, apartados 97, 113 y 196; sentencia de 3 de noviembre de 2009, Pl. US 29/09, apartados 110 y ss.; sentencia de 31 de enero de 2012, Pl. US 5/12, secc. VII.; por lo que respecta al Reino Unido: High Court, sentencia de 18 de febrero de 2002, Thoburn/Sunderland BVerfGE 140, 317 (340) BVerfGE 140, 317 (341)

Dejaremos de lado algunas resoluciones constitucionales nacionales dictadas al servicio de democracias iliberales en las que el Estado de Derecho está en entredicho<sup>38</sup>. Sí que nos detendremos, brevemente, en la Decisión 390/2021, de 8 de junio, del Tribunal Constitucional de Rumanía, que hace una breve alusión a la identidad nacional al recordar que “la Unión Europea está limitada, precisamente, por las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales, de los Estados miembros”<sup>39</sup>. Resulta claro, desde una perspectiva general, que “la cláusula de adhesión a la Unión Europea contiene, con carácter subsidiario, una cláusula de conformidad con el Derecho de la UE, según la cual todos los órganos nacionales del Estado están obligados, en principio, a implementar y aplicar el Derecho de la UE. Esto también se aplica al Tribunal Constitucional, que, en virtud del artículo 148 de la Constitución, da prioridad a la aplicación del Derecho europeo. Sin embargo, esta prioridad de aplicación no debe percibirse como una supresión o menosprecio de la identidad constitucional nacional, consagrada en el apartado 3 del artículo 11, en relación con el artículo 152 de la Ley Fundamental”<sup>40</sup>.

El Abogado General de Justicia de la Unión Europea hace notar, con toda razón, que el Tribunal Constitucional rumano “no ha indicado qué aspecto de la identidad nacional se ve vulnerado por la sentencia Asociația Forumul Judecătoralor

City Council, [2002] EWHC 195 [Admin], apartado 69; Tribunal Supremo del Reino Unido, sentencia de 22 de enero de 2014, R [sobre la aplicación de HS2 Action Alliance Limited] c. El Secretario de Estado de Transportes, [2014] UKSC 3, párr. No. 79, 207; Sentencia de 25 de marzo de 2015, Pham/Secretary of State for the Home Department, [2015] UK-SC 19, párr. 54, 58, 72 a 92”.

38 Como son las SSTC de Hungría 22/2016. (XII. 5.) AB (en inglés en <https://is.gd/hTB0cF>) y 32/2021 (XII. 20.), AB (en inglés en <https://is.gd/hvalPF>). En ésta última resolución, en la que acertadamente se vinculan las nociones de identidad y soberanía (99), se realiza una muy desafortunada defensa de la Constitución histórica (91), negando el establecimiento de población extranjera en el país (93), y de la protección de la cultura cristiana como obligación para cualquier institución del Estado (91). Ver, en el plano doctrinal, Tatham, 2022: 483 ss.

39 El texto se puede consultar en inglés en [https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2021/07/Decizie\\_390\\_2021\\_EN.pdf](https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2021/07/Decizie_390_2021_EN.pdf), 75.

40 *Ibidem*, 74. Seguirá afirmando que, “en virtud de dicha identidad constitucional, el Tribunal Constitucional está facultado para garantizar la primacía de la Ley Fundamental en Rumanía (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08, etc., dictada por el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania). Según la cláusula de conformidad contenida en el artículo 148 de la propia Constitución, Rumanía no puede adoptar un acto legislativo contrario a las obligaciones a las que se ha comprometido como Estado miembro (véase la Decisión n° 887, de 15 de diciembre de 2015, publicada en el Diario Oficial de Rumanía, parte I, n° 191, de 15 de marzo de 2016, apartado 75), pero los anteriores sí están sujetos a un límite constitucional basado en el concepto de ‘identidad constitucional nacional’ (véase la Decisión n° 683, de 27 de junio de 2012, publicada en el Boletín Oficial de Rumanía, parte I, n° 479, n° 286, de 12 de julio de 2012, o la Decisión n° 64, de 24 de febrero de 2015, publicada en el Boletín Oficial de Rumanía, parte I, n° 286, de 28 de abril de 2015, Decisión n° 104, de 6 de marzo de 2018, publicada en el Boletín Oficial de Rumanía, parte I, n° 446, de 29 de mayo de 2018, apartado 81)”. Esta Sentencia debe compararse con la muy relevante STJUE (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021, Asociația «Forumul Judecătoralor din România» (asuntos C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19; ECLI:EU:C:2021:393). Ver, en el plano doctrinal, Selejan-Gutan, 2021.

din România”<sup>41</sup>. Es lógico que si una jurisdicción nacional intenta evitar la aplicación del Derecho de la Unión porque afecta a la identidad nacional explique a qué concreta dimensión de ésta afecta y por qué tal influencia resulta inadmisibles. Además, y en todo caso, la decisión del Tribunal Constitucional puede inaplicar una norma de la Unión, pero no puede ni condicionar que los órganos judiciales del Estado puedan examinar la compatibilidad de una norma nacional con el Derecho de la Unión aunque ésta haya sido declarada compatible con la Constitución, ni sancionarles por plantear una cuestión prejudicial<sup>42</sup>.

Comenzando nuestro recorrido por el Consejo Constitucional francés<sup>43</sup>, conviene partir de la relevante Decisión 2004-496 DC<sup>44</sup>, porque en ella se establece un relevante principio que marcará toda su jurisprudencia posterior, y es el de que “la transposición en Derecho interno de una directiva comunitaria resulta una exigencia constitucional a la que solamente podría oponerse en razón de una disposición expresa específica contraria de la Constitución”<sup>45</sup>. Por esta razón, no corresponde más que al juez comunitario, requerido en su caso a título prejudicial, controlar el respeto por una directiva comunitaria tanto de las competencias definidas por los Tratados como de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 6 TUE<sup>46</sup>. De esta manera, se declara incompetente para controlar la validez constitucional de disposiciones nacionales que se limitan a extraer consecuencias necesarias de disposiciones incondicionales recogidas en una directiva de la Unión<sup>47</sup>.

En la posterior Decisión 2010-79 QPC el Consejo Constitucional francés se declarará expresamente incompetente para “controlar la conformidad de disposiciones legislativas que se limitan a extraer las consecuencias necesarias de disposiciones incondicionales y precisas de una directiva de la Unión Europea a los

41 Apartado 62 de las Conclusiones presentadas por el Abogado General Anthony Michael Collins el 20 de enero de 2022 en relación con el asunto C-430/21 RS.

42 STJUE (Gran Sala) de 22 de febrero de 2022, RS (asunto C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99), 78 y 93.

43 Ver, en el plano doctrinal, Burgogue-Larsen, 2022: 411 ss.

44 Decisión 2004-496 DC, de 10 de junio de 2004 (ECLI:FR:CC:2004:2004.496.DC). Ver, en el plano doctrinal, Dutheil, 2005: 859 ss.

45 7. Ver, en el mismo sentido, Decisiones 2004-497 DC, de 1 de julio de 2004 (ECLI:FR:CC:2004:2004.497.DC), 18, y 2004-499 DC, de 29 de julio de 2004 (ECLI:FR:CC:2004:2004.499.DC), 7. Ver, en el plano doctrinal, Cassia, 2005: 465 ss., sobre ambas; Duffy, 2004: 809 ss., sobre la primera; y Alcaraz, 2004: 822 ss., sobre la segunda.

46 Decisión 2004-496 DC, de 10 de junio de 2004 (ECLI:FR:CC:2004:2004.496.DC), 7. Ver, en el mismo sentido, Decisiones 2004-497 DC, de 1 de julio de 2004 (ECLI:FR:CC:2004:2004.497.DC), 18 (y sobre ambas resoluciones, Kovar, 2004: 580 ss.); y 2004-498 DC, de 29 de julio de 2004 (ECLI:FR:CC:2004:2004.498.DC), 4, 2004-499 DC, de 29 de julio de 2004 (ECLI:FR:CC:2004:2004.499.DC), 7, y 2010-79 QPC, de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:FR:CC:2010:2010.79.QPC), 3.

47 Decisión 2004-496 DC, de 10 de junio de 2004 (ECLI:FR:CC:2004:2004.496.DC), 9. Entre los muchos comentarios recaídos sobre ella son especialmente sugerentes los de Sales, 2005: 597 ss.; Camby, 2004: 878 ss.; y Maugüé, 2004: 2 ss. Ver también las Decisiones 2014-690 DC, de 13 de marzo de 2014 (ECLI:FR:CC:2014:2014.690.DC); y 2022-841 DC, de 13 de agosto de 2022 (ECLI:FR:CC:2022:2022.841.DC), 5, que resumen toda esta doctrina.

derechos y libertades que la Constitución garantiza (art. 61-1 de la Constitución)<sup>48</sup>. Y un nuevo matiz se recoge en la Decisión 2021-940 QPC, en la que se indica que solamente podrá ejercer un control residual “en la medida en que afecten a una regla o un principio que, no contando con una protección equivalente en el Derecho de la Unión Europea, sea inherente a la identidad constitucional de Francia”<sup>49</sup>.

Esta jurisprudencia, inicialmente vinculada a la transposición de las directivas<sup>50</sup>, se ha ampliado con posterioridad a otros ámbitos normativos, en los que la actuación estatal se encuentra vinculada por el ejercicio de una competencia exclusiva de la Unión<sup>51</sup>. Y se ha concluido, con carácter general, que, “en todo caso, la transposición de una directiva o la adaptación del Derecho interno a un reglamento no podría contrariar una regla o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, salvo que el constituyente lo haya permitido”<sup>52</sup>.

¿Y cómo se ha ejercido ese control? En los supuestos en los que la norma nacional cuestionada transpone preceptos recogidos en directivas y la queja se vincula con derechos reconocidos por la Unión Europea el Consejo Constitucional francés se ha declarado incompetente<sup>53</sup>. Sin embargo, el Consejo Constitucional ha

48 2010-79 QPC, de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:FR:CC:2010:2010.79.QPC), 3. Ver, por todos, en el plano doctrinal, Mouron, 2011: 588 ss. Idea reiterada en las Decisiones 2019-810 QPC, de 25 de octubre de 2019 (ECLI:FR:CC:2019:2019.810.QPC), 7; y 2019-818 QPC, de 6 de diciembre de 2019 (ECLI:FR:CC:2019:2019.818.QPC), 7.

49 Decisión 2021-940 QPC, de 15 de octubre de 2021 (ECLI:FR:CC:2021:2021.940.QPC), 13. Ver en el plano doctrinal, entre otros, Roux, 2022: 50 ss.; Morales, 2022: 40 ss.; y Déchaux, 2022: 718 ss. Ver, en el mismo sentido, Decisión 2021-966 QPC, de 28 de enero de 2022 (ECLI:FR:CC:2022:2021.966.QPC), 9.

50 En ocasiones se ha ido más lejos al señalar que la directiva no compromete ninguna regla ni ningún principio inherente a la identidad constitucional de Francia. Ver la Decisión 2006-540 DC, de 27 de julio (ECLI:FR:CC:2006:2006.540.DC), 28, y, en el plano doctrinal, Alcaraz y Charpy, 2007: 85 ss.; Benabou, 2006: 240 ss.; y Verpeaux, 2007: 34 ss.

51 Como puede ocurrir con las disposiciones de un Tratado internacional vinculado con una competencia exclusiva de la Unión (Decisión 2017-749 DC, de 31 de julio, ECLI:FR:CC:2017:2017.749.DC sobre el acuerdo económico y comercial entre Canadá, la UE y los Estados miembros, 13-14), con las leyes que pretenden adaptar el Derecho interno a un reglamento (Decisión 2018-765 DC, de 12 de junio, ECLI:FR:CC:2018:2018.765.DC, sobre la Ley de protección de datos personales, 2) o con una decisión marco (Decisión 2021-905 QPC, de 7 de mayo, ECLI:FR:CC:2021:2021.905.QPC).

52 Decisión 2018-765 DC, de 12 de junio, ECLI:FR:CC:2018:2018.765.DC, sobre la Ley de protección de datos personales, 2, que retoma lo declarado, por primera vez, en la Decisión 2006-540 DC, de 27 de julio (ECLI:FR:CC:2006:2006.540.DC), 19. Sobre esta última resolución, ver, entre otros, Chaltiel, 2007: 61 ss.; y Cassia y Saulnier-Cassia, 2006: 31 ss.

53 Decisión 2018-768 DC, de 26 de julio (ECLI:FR:CC:2018:2018.768.DC), 10, 24 y 38-40, en relación con el principio de igualdad, la libertad de empresa y la libertad de opinión. Ver también la Decisión 2004-498 DC, de 29 de julio (ECLI:FR:CC:2004:2004.498.DC), 7, en relación con la libertad de expresión; Decisión 2004-499 DC, de 29 de julio (ECLI:FR:CC:2004:2004.499.DC), en relación con la vida privada; 2010-79 QPC, de 17 de diciembre (ECLI:FR:CC:2010:2010.79.QPC), 4, en relación con la dignidad y la interdicción de la pena de muerte; 2021-966 QPC, de 28 de enero de 2022 (ECLI:FR:CC:2022:2021.966.QPC), 9-12, en relación con los principios de necesidad e individualización de la pena y con el derecho a un recurso judicial efectivo; y Decisión 2021-940 QPC, de 15 de octubre de 2021 (ECLI:FR:CC:2021:2021.940.QPC), 14, en relación con el derecho a la seguridad, el principio de responsabilidad personal y el derecho a la igualdad ante las cargas públicas.

entendido que la decisión de que las empresas de transporte internacionales de viajeros puedan ocuparse de la vigilancia y expulsión efectiva de extranjeros no admitidos en suelo francés vulnera la prohibición de delegar a personas de carácter privado competencias de policía administrativa general que son inherentes al ejercicio de la *force publique* necesaria para garantizar los derechos<sup>54</sup>. Aunque esta exigencia constituye un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, el Consejo Constitucional concluye declarando la conformidad de las disposiciones impugnadas.

Una vez aportados los principales elementos que integran la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en la materia, puede ser interesante realizar algunas consideraciones críticas. En primer lugar, resulta cuestionable que olvide que buena parte de los derechos fundamentales se recogen, de forma expresa, en diversas disposiciones de indudable alcance constitucional (como son la propia Constitución, la Declaración de Derechos y el Preámbulo de 1946). Por esta razón, tales disposiciones podrían formar parte de la identidad constitucional francesa y oponerse a una ley nacional que, con independencia de que viniera o no originada por el Derecho de la Unión, los cercenara de forma grave. Esto podría ocurrir con una norma que, por ejemplo, comprometiera gravemente la libertad de expresión o el principio de igualdad.

De hecho, el Consejo de Estado ha mostrado una mayor sensibilidad en esta materia<sup>55</sup>. En la relevante Decisión del Consejo de Estado *Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs et autres* se señala que, “en el caso en que la aplicación de una directiva o de un reglamento europeo, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tuviera por efecto privar de garantías efectivas una de estas exigencias constitucionales, que no se beneficiarían, en el Derecho de la Unión, de una protección equivalente, el juez administrativo, requerido de una acción en este sentido, debe descartarla en la estricta medida en el respeto a la Constitución lo exija”<sup>56</sup>.

Es cierto, en segundo lugar, que se incorpora en la más reciente Decisión una referencia a las reglas o principios que, formando parte de la identidad constitucional, no encuentren una protección equivalente en el Derecho de la Unión

<sup>54</sup> Decisión 2021-940 QPC, de 15 de octubre de 2021 (ECLI:FR:CC:2021:2021.940.QPC), 15 *in fine*.

<sup>55</sup> La información que a continuación se ofrece se extrae del dossier “Le juge administratif et le droit de l'Union européenne”, publicado en <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/dossiers-thematiques>.

<sup>56</sup> Décision CE, Ass., 21 de abril de 2021, *Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs et autres* (asuntos 393099, 394922, 397844, 397851 y 424717, ECLI:FR:CEASS:2021:393099.20210421), 5. Sin embargo, no tiene competencia el juez administrativo para controlar si la Unión Europea actúa en el marco de sus competencias (8). Anteriormente, la STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020 (texto rectificado mediante Auto de 16 de noviembre de 2020), la *Quadrature du Net* y otros (asuntos C-511/18, C-512/18 y C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791), resolvía las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo de Estado francés y el Consejo Constitucional belga. Sobre esta resolución ver, en el plano doctrinal, Azoulai y Rittleng, 2021: 356 ss.; y Brechot, 2021: 637 ss.

Europea. Y esta expresión plantea algunos interrogantes: si con ella se alude a la mera existencia de ese principio o esa regla en el Derecho de la Unión (perspectiva cualitativa) o incorpora también un análisis sobre el grado o profundidad de la protección (perspectiva cuantitativa); si el término Derecho comprende exclusivamente las normas (CDFUE y Tratados de la Unión, especialmente) o incluye también un examen de los actos jurídicos de la Unión y de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en la materia<sup>57</sup>.

En tercer lugar, la propia preocupación del Consejo Constitucional en relación con la Unión Europea se ha canalizado, precisamente, hacia la pervivencia de los derechos constitucionales, por lo que se aprecia un cierto desajuste entre esta inquietud y la restrictiva jurisprudencia constitucional sobre los límites a la integración europea. En efecto, la primera cuestión prejudicial que hasta ahora ha planteado ante el Tribunal de Luxemburgo guarda relación con los artículos 27 y 28 de la Decisión Marco 2002/584/JAI relativa a la orden europea de detención y entrega<sup>58</sup>. Se pregunta al Tribunal de Luxemburgo si dichos preceptos impiden un recurso suspensivo en Francia en algunos supuestos. La STJUE (Sala Segunda) de 30 de mayo de 2013<sup>59</sup> dispone que los mentados preceptos de la Unión “deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que los Estados miembros prevean un recurso suspensivo de la ejecución de la resolución de la autoridad judicial que se pronuncia, en un plazo de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, para dar su consentimiento, bien sea al enjuiciamiento, condena o detención de una persona con vistas a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad por una infracción, cometida antes de su entrega en ejecución de una orden de detención europea, distinta de la que motivó esa entrega, o bien a la entrega de una persona a un Estado miembro distinto del Estado miembro de ejecución, en virtud de una orden de detención europea emitida por una infracción cometida antes de esa entrega, siempre que la decisión definitiva se adopte en los plazos previstos en el artículo 17 de la misma Decisión Marco”. Y, en virtud de esta jurisprudencia, el Consejo Constitucional concluye que el precepto legal que impedía, en casos relacionados con órdenes europeas de detención y entrega, la presentación de un recurso atentan contra el principio de igualdad y el derecho a un recurso judicial efectivo<sup>60</sup>.

La Constitución alemana establece, en su artículo 79.3, que no se puede modificar su texto en lo que atañe a (a) la organización de la Federación en Länder, (b) el principio de la participación de los Länder en la legislación, (c) la dignidad y los derechos fundamentales de la persona (art. 1), y (d) el Estado federal,

57 Ver, en este sentido, Burgorgue-Larsen, 2022: 423.

58 Decisión 2013-314P QPC, de 4 de abril de 2013 (ECLI:FR:CC:2013:2013.314P.QPC). La duda es si es posible establecer un recurso que suspenda la ejecución de la euroorden. Ver, en el plano doctrinal, Labayle y Mehdi, 2013: 461 ss.; Chaltiel, 2013: 4 ss.; y Monjal, 2013: 297 ss., entre otros comentarios.

59 Jeremy F. (asunto C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358).

60 Decisión 2013-314 QPC, de 14 de junio de 2013 (ECLI:FR:CC:2013:2013.314.QPC), 3.

democrático y social (art. 20)<sup>61</sup>. Estas cláusulas de intangibilidad operan también frente a la Unión Europea, por establecerlo así expresamente el art. 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn.

La construcción del Tribunal Constitucional Federal alemán de la identidad parte de la premisa de que “la autorización sobre la base del artículo 24.1 GG no está exenta de límites constitucionales. La disposición no autoriza la concesión de derechos soberanos a las instituciones intergubernamentales para abandonar la identidad del orden constitucional vigente en la República Federal de Alemania mediante la irrupción en su estructura básica, en las estructuras que la constituyen”<sup>62</sup>. Pues bien, esta doctrina se canaliza a través de diversos frentes.

La primera línea de actuación, y más conocida, es la relacionada con los derechos fundamentales. Las Sentencias Solange I y II son dos de las resoluciones alemanas más recordadas cuando se analiza la interrelación entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales. En ambas se contempla la posibilidad de que un Tribunal alemán someta al Tribunal Constitucional Federal el eventual control sobre una disposición comunitaria y que éste la puede declarar inaplicable cuando la interpretación conferida por el Tribunal de Luxemburgo sea incompatible con los derechos constitucionales recogidos en la Ley Fundamental de Bonn<sup>63</sup>. Esta jurisprudencia será recordada en posteriores resoluciones<sup>64</sup>, y alcanzará un especial interés en la Sentencia de 15 de diciembre de 2015<sup>65</sup>. En la misma se cuestiona si la ejecución de una euroorden compromete el derecho de defensa, que forma parte del derecho fundamental a la dignidad de la persona (art. 1 LFB). Recuerda el Tribunal que, “si se alega una violación de la garantía de la dignidad humana”, éste la examina, a pesar de la jurisprudencia anterior sobre la inadmisibilidad de los recursos y cuestiones constitucionales en los que se alegaba la violación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental provocadas por el Derecho comunitario derivado o de la Unión<sup>66</sup>. Y esto ocurre porque analiza “una violación tan grave de los derechos fundamentales en el contexto

61 Sobre la extensión de este precepto constitucional, ver Roca, 2022: 67 ss.

62 BVerfGE 73, 339 (Solange II, 1986), 104.

63 BVerfGE 37, 271 (Solange I, 1974), 56. Es verdad que en Solange II (1986), el Tribunal matiza esta afirmación, pero lo sigue haciendo de forma condicionada. Señalará ahora que, mientras las Comunidades Europeas, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, garanticen una protección efectiva de los derechos fundamentales frente a la soberanía de las Comunidades en general, lo que equivale esencialmente a la protección de los derechos fundamentales exigida por la Ley Fundamental como indispensable, el Tribunal Constitucional Federal dejará de ejercer su control sobre las normas comunitarias que puedan comprometer los derechos constitucionales (BVerfGE 73, 339, 132).

64 BVerfGE 89, 155 (Maastricht, 1993), 70; y 123, 267 (Lisboa, 2009), 191. En esta última se recuerda que el Tribunal Constitucional Federal ya no ejerce su competencia sobre la aplicabilidad del Derecho derivado de la Unión y otras acciones de la Unión, si la Unión garantiza una protección equivalente de los derechos fundamentales a la considerada indispensable en la Ley Fundamental de Bonn. Ver también, BVerfGE 102, 147 (Organización común del plátano, 2000), 58-59.

65 Control de identidad, 2015). Ver, en el plano doctrinal, por todos, Arzo, 2016: 109 ss.

66 Con apoyo en BVerfGE 73, 339 (Solange II, 1986), 378 ss.; y 102, 147 (Organización común del plátano, 2000), 161 ss.

del control de la identidad”<sup>67</sup>, reservándose “el derecho de declarar que se ha producido una violación” de ésta (43), sin que esta facultad pueda ser ejercida por ningún otro tribunal nacional. Y es que

1. El Tribunal Constitucional Federal, mediante la revisión de identidad, garantiza sin reservas y en cada caso individual la protección de los derechos fundamentales indispensables según el Art. 23 sec. 1 frase 3 en relación con el Art. 79 sec. 3 y Art. 1 sec. 1 GG (49 in fine).
2. Los estrictos requisitos para activar el control de identidad son paralelos a unos requisitos de admisibilidad más estrictos para los recursos de inconstitucionalidad que plantean tal cuestión (50).
3. El principio de culpabilidad individual forma parte de la identidad constitucional. Por lo tanto, debe garantizarse su cumplimiento en las extradiciones con fines de ejecución de sentencias dictadas en ausencia de la persona reclamada durante el juicio (51).
4. La autoridad pública alemana no debe ayudar a otros Estados a atentar contra la dignidad humana. La extensión y el alcance de las investigaciones que los tribunales alemanes deben llevar a cabo para garantizar el respeto del principio de culpabilidad individual, dependen de la naturaleza y la importancia de los puntos presentados por la persona reclamada que indican que los procedimientos en el Estado requirente están por debajo de los estándares mínimos exigidos por el Art. 1 sec. 1 GG (59 ss.).

La segunda línea de actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán tiene que ver con el principio democrático<sup>68</sup>, y también tiene su origen en los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal alemán considera en su Sentencia Maastricht (1993) que el proceso de integración europea (previsto en el art. 23 LFB) excluye la ablación del derecho a participar en los asuntos públicos (art. 38 LFB), por impedirlo el artículo 79.3 LFB en relación con los

67 BVerfGE 140, 317 (Control de identidad, 2015), 34, con apoyo en BVerfGE 113, 273 (Orden europea de detención, 2005), 295 y ss.; BVerfGE 123, 267 (Lisboa, 2009), 344 y 353 ss.; BVerfGE 126, 286 (Control ultravires Honeywell, 2010), 302 ss.; BVerfGE 129, 78 (ampliación de solicitud, 2011), 100; BVerfGE 134, 366 [Decisión OMT, de 14 de enero de 2014, y sobre ésta, Álvarez Álvarez, 2014: 433 ss., así como BVerfGE 142, 123, Programa OMT, de 21 de junio de 2016, apartados 384 ss.]. Y es que “la precedencia de la aplicación del Derecho de la Unión Europea está limitada por los principios constitucionales que están fuera del alcance de la integración europea (*integrationsfest*) de conformidad con el Art. 23 sec. 1 frase 3 en relación con el Art. 79 sec. 3 GG (2.). Esto abarca en particular los principios contenidos en el Art. 1 GG, incluido el principio de culpabilidad individual en el derecho penal, que se basa en la garantía de la dignidad humana (3.). Debe garantizarse que, también en la aplicación del Derecho de la Unión Europea o de las disposiciones legales que emanan del poder público alemán pero que están determinadas por el Derecho de la Unión, estos principios se garanticen en cada caso individual (4.). Sin embargo, sólo se puede alegar una violación de este núcleo inalienable de protección de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional Federal si se alega de forma fundamentada que se interfiere de hecho en la dignidad de la persona (5.)” (36).

68 Ver, en el plano doctrinal, Masing, 2022: 398 ss.

artículos 20.1 y 20.2 del mismo cuerpo normativo<sup>69</sup>. En la Sentencia Lisboa el Tribunal Constitucional alemán recuerda el art. 4.2 TUE (BVerfGE 123, 267, 57), y considera que debe comprobar si la Ley que autoriza la ratificación del Tratado citado vulnera el derecho de sufragio (art. 24 CA), “que justifica una aspiración a la autodeterminación democrática”, y produce “injerencias en los principios que el art. 79.3 CE determina como identidad de la Constitución”<sup>70</sup>.

La tercera línea de actuación del Tribunal, íntimamente relacionada con la anterior, tiene que ver con el control que el Tribunal Constitucional alemán se reserva en el supuesto de que la Unión se extralimite en su actuación, incidiendo en competencias que no se recogen en los Tratados. Así, se afirma también en la Sentencia Maastricht que si “las instituciones u organismos europeos aplicaran o desarrollaran el Tratado de la Unión de una manera que no estuviera amparada por el Tratado en el que se basa el Acta de dictamen conforme alemana, los actos jurídicos resultantes no serían vinculantes en el territorio soberano alemán. Por razones constitucionales, las autoridades alemanas no podrían aplicar estos actos jurídicos en Alemania. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal examina si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos permanecen dentro de los límites de los derechos soberanos que se les conceden o se separan de ellos” [cf. BVerfGE 58, 1 —Eurocontrol, 1981— (30 f.); 75, 223 —Decisión Kloppenburg, 1987— (235, 242)]<sup>71</sup>. Esto nos avoca al control que el Tribunal Constitucional se reserva en el caso de que la Unión actúe fuera del marco de sus competencias.

Y esto ha ocurrido en algunas resoluciones. Especial interés presenta la Sentencia sobre el Programa PSPP del Banco Central Europeo (2020)<sup>72</sup>, que delimita la naturaleza, el contenido y alcance de su control sobre la actuación *ultra vires* de la UE: “Cuando, con ocasión de un control *ultra vires* o de un control sobre el respeto de la identidad constitucional de Alemania se plantea la cuestión de la validez o de la interpretación de una medida adoptada por las instituciones, los órganos o los organismos de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional Federal examina dicha medida en principio sobre el fundamento de la interpretación y de la apreciación que de ella ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (118). Se opta así por un control derivado, vinculado a la interpretación auténtica que el propio Tribunal realiza de los Tratados. Ahora bien, si, en su misión de garantizar “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de

69 BVerfGE 89, 155 (Maastricht, 1993), 91. Ver, en el plano doctrinal, Stein, 1994/3, 745 ss.; y Bogdandy, 2011: 195 ss.

70 BVerfGE 123, 267 (Lisboa, 2009), 208. Ver, en el plano doctrinal, entre otros, Häberle, 2009: 397 ss.; Vidal, 2011; y Classen, 2010: 237 ss.

71 BVerfGE 89, 155 (Maastricht, 1993), 106. El Tribunal se apoya en BVerfGE 58, 1 (Eurocontrol I, 1981), 107; y 75, 223 (Kloppenburg, 1987), 58.

72 BVerfGE 154, 17 (PSPP, 2020). Ver, en el plano doctrinal, Urania y Ziller, 2020: 179 ss.; Rodríguez, 2021: 295 ss.; y Corti, 2021: 67 ss.

los Tratados” (art. 19.1 TUE), opera de manera incomprensible o arbitraria, su actuación ya no está amparada por la citada disposición, en relación con las normas de la Ley alemana de adhesión del Tratado (112). En tales supuestos, la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia carece, al menos en lo que afecta a Alemania, del nivel mínimo de legitimidad democrática exigido por el art. 23.1, segunda frase, LFB, en conexión con los arts. 20, 1 y 2, y 79.3 LFB (112).

¿Qué ocurre con la normativa cuestionada? Pues que “el efecto combinado de una parte del largo margen de apreciación de la Institución cuyo acto es controlado, y de otra de una limitación del alcance del control jurisdiccional realizado por el Tribunal de Justicia de la Unión, no valoran suficientemente el alcance del principio de atribución y abre la vía a una erosión continuada de las competencias de los Estados miembros” (156). Y aquí se vuelve a conectar la vulneración *ultra vires* con el principio democrático: “La preservación de los fundamentos sobre los que reposa el reparto de competencias en el seno de la Unión Europea tiene una importancia capital para la garantía del principio democrático. La finalidad del programa de integración no podría conducir a que el principio de atribución —uno de los principios básicos sobre los que reposa la Unión Europea— sea derogado de hecho” (158).

El Tribunal considera, además, que el Programa de Compras del Sector Público (popularmente conocido como el PSPP, *Public Sector Purchase Programme*) resulta desproporcionado y vulnera el art. 79.3 LFB. Es desproporcionado porque el PSP ignora los efectos económicos que genera su implementación (165) (sobre la deuda pública, el ahorro, las pensiones, los precios de la vivienda, el mantenimiento de empresas que ya no son viables, etc., vid. 139). Y dicho programa vulnera el ámbito protegido de la responsabilidad general del *Bundestag* alemán en materia de política fiscal, porque le obliga a asumir responsabilidades por actuaciones adoptadas por terceros, lo que vulnera el citado precepto constitucional (227).

A la vista de estas consideraciones, el Tribunal señala que ningún órgano alemán, incluido el Bundesbank, puede participar en la formulación, aplicación, ejecución o funcionamiento de actos *ultra vires*<sup>73</sup>.

¿Cuáles son los efectos del control ejercido por el Tribunal Constitucional? ¿Compromete seriamente la aplicación uniforme del Derecho de la Unión? El propio Tribunal señala que estamos ante unos efectos muy limitados en la Sentencia 140, 317. El ejercicio de tal control conduce “en última instancia a que el Derecho de la Unión deba declararse inaplicable en Alemania en casos individuales estrictamente limitados” (43). “Esto no supone un riesgo sustancial para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. En primer lugar, por lo que se refiere a los principios del artículo 1 de la Ley Fundamental aquí controvertidos,

73 *Ibidem*, 234. En la posterior BVerfGE 158, 89 (Orden de ejecución PSPP, 2021), el Tribunal Constitucional considera que tanto el Gobierno Federal como el Bundestag han sido respetuosos con lo acordado en la Sentencia *ultra vires*, por lo que no procede aprobar una nueva decisión ejecutiva (108 y 111).

sólo en raras ocasiones se producirá una violación” (46 *ab initio*) y, “en segundo lugar, las facultades de revisión reservadas al Tribunal Constitucional Federal deben ejercerse con moderación y a favor del Derecho europeo [cf. BVerfGE 126, 286 (303)]. En caso necesario, basará su control en la medida tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento prejudicial de conformidad con el artículo 267, apartado 3, del TFUE” (46 *in fine*).

A la vista de la jurisprudencia reseñada, resulta fácil concluir que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido un riguroso control sobre los eventuales excesos que puedan cometerse por parte de la Unión Europea, y que se centra en el respeto de los derechos fundamentales, el principio democrático y los eventuales excesos competenciales del Derecho de la Unión. En dicho control se reserva un papel relevante, ya que es el órgano que puede proteger dichos bienes; subsidiario, puesto que actuaría si no lo hiciera el Tribunal de Luxemburgo y las Instituciones de la Unión; y limitado, ya que el ejercicio de su control llevaría a una simple inaplicación puntual de una norma de la Unión. Masing hace notar que estamos en presencia de un control absoluto (por basarse en el art. 79.3 CE, que no puede ser modificado) y muy amplio (porque siempre se puede alegar que cualquier decisión de la Unión limita el derecho de voto de los alemanes)<sup>74</sup>.

El Tribunal Constitucional italiano, por su parte, ha retomado su clásica doctrina de los contralímites del Derecho de la Unión en el muy difundido asunto Taricco. En su conocido ATC 24/2017, de 23 de noviembre de 2016 (ECLI:IT:COST:2017:24) retoma esta idea (2) y señala después que la inclusión de la identidad nacional en el Tratado incluye un “grado mínimo de diversidad, pero necesario para preservar la identidad nacional inherente a la estructura fundamental del Estado miembro (art. 4.2 del TUE). De lo contrario, los Tratados europeos pretenderían, contradictoriamente, disolver el propio fundamento constitucional que les dio origen por voluntad de los Estados miembros” (6). La Unión Europea no puede obligar a los Estados miembros a “renunciar a los principios supremos de su ordenamiento constitucional”. Considera el Tribunal Constitucional que son dichos Estados miembros los que deben verificar el respeto de esos “principios supremos del ordenamiento nacional”. En el caso italiano, la Constitución confía esta tarea exclusivamente al Tribunal Constitucional<sup>75</sup>. Y concluye que en el caso actual no hay una contradicción normativa sino un impedimento constitucional que impide al órgano judicial italiano aplicar la

<sup>74</sup> Massing, 2022: 408-409.

<sup>75</sup> Idea reiterada en ATC 216/2021, 7.5, y STC 177/2023 (ECLI:IT:COST:2023:177), de 17 de julio, 5.2. Es interesante recordar la relevante STC 67/2022 (ECLI:IT:COST:2022:67), en la que el Tribunal Constitucional inadmite sendas cuestiones de inconstitucionalidad del Tribunal de Casación dirigidas contra disposiciones italianas que el Tribunal de Luxemburgo había considerado previamente inaplicables, por asumir que, a partir del tal circunstancia, no procedía entrar en el examen de los motivos de fondo. Entre los muchos comentarios ver, por todos, Filippi, 2022; y Ruggeri, 2022.

norma de la Unión, y es que la institución de la prescripción pertenece, en ese país, al Derecho penal material, y está sometido al principio de legalidad en materia penal (8). En la posterior STC 115/2018<sup>76</sup> recuerda la *Corte Costituzionale* que el Tribunal de Justicia ha señalado [en la Sentencia STJUE (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2017, M.A.S. y M.B (asunto C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936), 51 y 52] que debe compatibilizarse la aplicación de la regla Taricco con el principio de legalidad penal (7), y que “la autoridad competente para llevar a cabo el control solicitado por el Tribunal de Justicia es el Tribunal Constitucional, que tiene la misión exclusiva de comprobar si el Derecho de la Unión entra en conflicto con los principios supremos del ordenamiento constitucional y, en particular, con los derechos inalienables de la persona”<sup>77</sup>.

Con esta jurisprudencia el Tribunal Constitucional italiano se declara como encargado de hacer respetar la identidad nacional de su país, que vincula estrechamente con el respeto de los derechos fundamentales.

En el caso del Tribunal Constitucional español solamente tres resoluciones hacen referencia a la identidad nacional. La única que nos interesa en el marco de este trabajo<sup>78</sup>, y la más difundida, es la DTC 1/2004, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TC:2004:1D) en la que, tras citar el artículo 4.2 TUE y otros preceptos del fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, concluye que tales disposiciones “vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal”

76 Sentencia de 10 de abril (ECLI:IT:COST:2018:115). Ver, en el plano doctrinal, Ruggeri, 2019; y Celotto, 2018, entre otros comentarios.

77 8. En otras resoluciones confirma que de esa identidad constitucional que debe preservarse forman parte algunos derechos fundamentales, como son el derecho de que la persona investigada sea informada de ello [STC 111/2023, de 6 de abril (ECLI:IT:COST:2023:111), 3.5.2]. En todo caso, resulta interesante hacer notar que la construcción jurisprudencial de los contralímites suele defenderse haciendo abstracción de la identidad nacional que figura en los Tratados. Así, por ejemplo, en el reciente ATC 106/2023, de 11 de mayo (ECLI:IT:COST:2023:106), se afirmará que “si un tribunal [nacional] considerara que se ha dado la hipótesis ‘altamente improbable’ de incumplimiento de esos principios supremos y derechos inalienables (sentencia núm. 232 de 1989), la duda de constitucionalidad pertinente debería dirigirse no a la fuente del Derecho de la Unión Europea, sino al ‘Derecho nacional que autorizó la ratificación e hizo ejecutivos los Tratados, únicamente en la medida en que permite que se cumpla esa hipótesis’ (auto núm. 24 de 2017; en términos similares, sentencias núm. 115 de 2018, núm. 509 de 1995, núm. 232 de 1989, núm. 170 de 1984 y núm. 183 de 1973; auto núm. 536 de 1995). 24 de 2017; en términos similares, sentencias nº 115 de 2018, nº 509 de 1995, nº 232 de 1989, nº 170 de 1984 y nº 183 de 1973; auto nº 536 de 1995”.

78 En la STC 114/2017, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:2017:11) se recuerda que la identidad nacional y su integridad territorial deben ser respetadas por parte de la Unión Europea entendiendo que no puede ampararse el derecho a la autodeterminación de Cataluña en el Derecho Internacional (2). Y en la STC 190/2020, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TC:2020:190) se cuestiona si la condena penal por un delito de ultrajes a España impuesta a un representante sindical por gritar “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera” vulnera sus derechos fundamentales. El Tribunal recuerda que tales afirmaciones representan intolerancia y exclusión para los ciudadanos que sienten la bandera como uno de los símbolos de identidad nacional y propios (5).

(3). De ahí que entienda, tras una artificiosa distinción entre primacía y supremacía<sup>79</sup>, que, “en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros” (4).

El Tribunal Constitucional español aporta en esta resolución una visión enriquecida de la identidad nacional en relación con el tenor literal del art. 4.2 TUE que no se limita al respeto de las instituciones y del ejercicio (limitado) de determinadas funciones vinculadas con el Estado, sino que interpela también a los principios, valores y derechos fundamentales.

Hasta aquí se ha hecho un breve resumen de la jurisprudencia constitucional de algunos países sobre la identidad nacional. Es momento ahora para realizar un examen comparado de tales resoluciones tratando de detenernos en sus similitudes y sus diferencias.

Entre las primeras destaca que, en todos los casos, los Tribunales Constitucionales consideran que los Estados son también relevantes para determinar cuando la identidad nacional se ha visto afectada por el Derecho de la Unión Europea. No es sorprendente que esto ocurra porque la previsión ahora contenida en el artículo 4.2 TUE no hace sino reforzar la clásica idea de que la primacía del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos nacionales no es absoluta sino relativa. También debe destacarse el papel similar o cercano que todas las jurisdicciones constitucionales se reservan en esta materia. En el caso italiano de forma especialmente evidente, al señalar que el Tribunal Constitucional es el encargado de determinar si el Derecho de la Unión entra en conflicto con los principios supremos del ordenamiento constitucional. En el caso de las jurisdicciones constitucionales alemana y española se limitan a señalar que pueden ejercer un control sobre el Derecho de la Unión Europea como último recurso. Finalmente, cabe dar por concluido el examen de estas similitudes señalando que la jurisprudencia relacionada con la identidad nacional aporta, en algunos casos, una argumentación suplementaria para que los tribunales constitucionales recuerden que el Derecho de la Unión debe respetar algunos límites constitucionales.

79 Cuestionada por el autor de estas líneas en Matia, 2005: 341 ss.

En lo que puede existir alguna divergencia, o parecerlo, es en el contenido de las materias que estos Tribunales Constitucionales deben preservar. El Consejo Constitucional francés limita su control a una norma de la Unión que sea contraria a la Constitución o que afecte a una regla o principio que no cuenta con una protección equivalente en el Derecho de la Unión y sea inherente a la identidad constitucional de Francia. En todo caso, ha descartado el control sobre los derechos fundamentales y se ha centrado en una eventual afectación a la seguridad pública, en línea con lo contemplado en el art. 4.2 TUE. Sin embargo, los tribunales constitucionales italiano, alemán y español han realizado una lectura más amplia de la identidad estatal, incluyendo en ella los derechos fundamentales. Además han sumado otros añadidos a la identidad estatal: principio democrático y control *ultra vires* en el caso del Tribunal Constitucional alemán, principios supremos del ordenamiento constitucional en el caso del italiano, y los valores, principios y derechos fundamentales en el caso del español.

Puede concluirse, a la vista de lo tratado hasta el momento, que existen dos formulaciones dogmáticas de la identidad estatal. Una mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se define ésta como un eventual criterio que podría modular la aplicación del Derecho de la Unión siempre que él lo estime así, puesto que es el único competente para determinar la interpretación del artículo 4.2 TUE. Otra mantenida por los Tribunales Constitucionales de algunos Estados miembros, que defienden que la Unión Europea está sometida a límites constitucionales que ellos pueden controlar, limitando la eficacia de las normas de la Unión que los contravengan en su territorio.

Analizados los distintos posicionamientos jurisprudenciales, estamos en condiciones de poder ofrecer una valoración personal sobre la identidad nacional recogida en el artículo 4.2. A esta finalidad dedicaremos el último apartado del presente estudio.

## V. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA IDENTIDAD NACIONAL DEL ART. 4.2 TUE

A la vista de la jurisprudencia vertida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales, y teniendo en cuenta el sentido del artículo 4.2 TUE, estamos ya en condiciones de ofrecer una visión personal de cuál debe ser el modo de activar esta cláusula y de determinar también su contenido. A este fin se dedican estas líneas.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la eventual activación de la cláusula de la identidad nacional no resulta satisfactoria. Como se recordará, lo que éste exige es que si un Tribunal nacional considera que un acto comunitario afecta a la identidad nacional plantee una cuestión prejudicial para que sea él quien determine si esto ocurre, imponiendo su decisión sobre cualquier tribunal estatal y sobre cualquier disposición nacional. Además, vincula esta

cláusula, apoyándose en el tenor literal del artículo 4.2 TUE, a las estructuras constitucionales de los Estados (forma de gobierno, existencia o no de descentralización territorial política, etc.). Y, en tercer lugar, si la materia debatida corresponde a una competencia concurrente o se ve afectada por una competencia de la Unión, el Tribunal de Luxemburgo considera que ya tiene justificación que el Derecho de la Unión desplace a los ordenamientos nacionales. Esta argumentación recuerda bastante a la empleada en relación con el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando afirma que los Estados solamente podrán ofrecer un estándar más alto de protección de un derecho fundamental de la Carta en ausencia de consenso europeo (esto es, cuando no hay norma de la Unión). En definitiva, el esquema del control diseñado por el Tribunal de Luxemburgo termina por diluir la existencia de la identidad nacional como límite del derecho de la Unión, como ha llevado a vaciar de contenido al artículo 53 CDFUE, al que se le hace significar lo contrario de lo que afirma<sup>80</sup>.

Algunos autores han planteado, en sede doctrinal, la conveniencia de crear una segunda instancia judicial, al amparo del Derecho Internacional Público<sup>81</sup>, que sirviera para resolver las eventuales discrepancias que pudieran surgir entre la Unión y los Estados miembros. Pedro Cruz Mantilla descarta esta opinión de Schmid, defendida en los años noventa, porque “la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo se ha expandido considerablemente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, en concreto, no existe dudas en la doctrina de que la misma se extiende igualmente para incorporar los conflictos sobre la identidad nacional”<sup>82</sup>. Son precisamente estas ideas las que ponen en peligro el respeto a la identidad nacional de los Estados: la expansión del Derecho de la Unión y que sea el propio sujeto sometido a una limitación quien pueda interpretarla. En todo caso, existe otro argumento que permite descartar de raíz esta eventual solución, y es el difundido Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, en el que examina la compatibilidad entre el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH y los Tratados. La posibilidad de someter la actuación de la Unión al eventual control del Tribunal de Estrasburgo en materia de derechos humanos fue desechada por el Tribunal de Justicia, que, a partir de ahí, estaría en condiciones de afirmar ahora que la creación de esta tercera sala permitiría

80 Aludimos expresamente a la STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Melloni (asunto C-399/11; ECLI:EU:C:2013:107). Es de justicia reseñar que la jurisprudencia posterior del Tribunal de Luxemburgo ha perdido parte de su rigidez en resoluciones posteriores, aunque todas ellas basadas en el propio Derecho de la Unión [ver, por ejemplo, la STJUE (Sala Cuarta) de 23 de marzo de 2023, Minister for Justice and Equality (asuntos C-514/21 y C-515/21; ECLI:EU:C:2023:235), 86].

81 Pedro Cruz Mantilla da cuenta de las tesis de MacCornick y Schmid. Mientras que el primero sugiere acudir al arbitraje internacional, el segundo propone la creación de un tribunal de conciliación compuesto por miembros del Tribunal de Justicia y de los Tribunales Constitucionales y de los Tribunales Supremos nacionales, que actuaría al amparo del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (2021: 312-314).

82 *Ibidem*, 315.

externalizar un conflicto entre la Unión y los Estados miembros comprometiendo el artículo 344 TFUE<sup>83</sup>.

Si se comparte esta argumentación, se deberá concluir que las discrepancias entre el Tribunal de Justicia y algunos órganos judiciales nacionales se seguirán produciendo. Interesa, en el contexto de este trabajo, detenernos en las expresadas por los tribunales constitucionales allí donde existen porque serán estos los que puedan invocar, en buena lógica, su identidad nacional. Y esto nos debería llevar a examinar en qué supuestos cabe invocar este límite a la aplicación del Derecho de la Unión, qué órgano u órganos podrían hacerlo, y cuáles serían los efectos de su decisión.

A nuestro modo de entender resulta discutible hacer una lectura literal del artículo 4.2 TUE. Resulta más lógico examinar la cuestión desde un punto de vista dogmático-constitucional. Asumir esta perspectiva no supone aceptar, de forma acrítica, que la identidad nacional pueda asimilarse a toda norma constitucional. Y es que resulta evidente que el proceso europeo de integración condiona seriamente nuestras Constituciones. Por poner algún ejemplo de esta afirmación resulta claro que medidas que antes de nuestra entrada en el mercado común podrían justificarse en la planificación estatal de la actividad económica (art. 131 CE) hoy serían imposibles de adoptar si se oponen a los principios que inspiran el mercado interior.

Lo que debe determinarse, entonces, es qué concretas normas constitucionales integran la identidad nacional o constitucional<sup>84</sup>. Para abordar tal tarea se pueden utilizar tres enfoques: el institucional, el funcional y el material.

Si adoptamos un enfoque institucional se podría entender que la identidad nacional atañe al diseño orgánico constitucional. El Derecho de la Unión no podría afectar a la forma de gobierno ni al diseño de los órganos constitucionales y políticos, tanto del Estado central como, en su caso, de los territorios. También se puede pensar que con la expresión que nos ocupa se alude a las Instituciones básicas del Derecho nacional, como son las instituciones jurídicas vinculadas con el Estado, como pueden ser la autonomía local o regional. Parece que el término

83 DIJUE (Pleno) de 18 de diciembre de 2014 (dictamen 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454), 210. Cruz Mantilla examina también la propuesta de Weiler y Haltern de crear, dentro de la Unión, un Consejo Constitucional basado en el modelo francés de control previo de constitucionalidad (*ibidem*, pp. 315-316). Comparto con él las reservas que expresa sobre esta opción, y sobre que dicho órgano debería ocuparse únicamente de temas competenciales que habría que resolver con base exclusiva en el Derecho de la Unión (2021: 316-317).

84 Obviamente, discrepamos de la noción histórico-cultural de la identidad nacional que algunos tribunales y autores defienden. Ver, en el plano doctrinal, por todos, Cruz Mantilla, 2022: 253 ss., y la bibliografía allí citada. Defienden tal noción las Sentencias TC de Hungría 22/2016. (XII. 5.), AB sobre la interpretación del artículo E) (2) de la Ley Fundamental (disponible en [https://media.alkotmanybirosag.hu/sites/3/2017/11/en\\_22\\_2016-1.pdf](https://media.alkotmanybirosag.hu/sites/3/2017/11/en_22_2016-1.pdf)); 2/2019 (III.5) AB (disponible en [https://media.alkotmanybirosag.hu/sites/3/2019/03/2\\_2019\\_en\\_final.pdf](https://media.alkotmanybirosag.hu/sites/3/2019/03/2_2019_en_final.pdf)); y 32/2021 (XII.20.) AB, sobre el ejercicio conjunto de poderes (disponible en [https://media.alkotmanybirosag.hu/sites/3/2021/12/32\\_2021\\_ab\\_eng.pdf](https://media.alkotmanybirosag.hu/sites/3/2021/12/32_2021_ab_eng.pdf)). En la primera de esas resoluciones se recoge una reserva de jurisdicción expresa (69).

“estructuras políticas y constitucionales” recogido en el art. 4.2 TUE podría interpretarse en uno de estos sentidos. Si se escoge en el primero de ellos podría concluirse que esta parte del artículo 4.2 TUE es superflua porque resulta evidente que el Derecho de la Unión no puede afectar a la forma de gobierno y de Estado. Dicho con otras palabras, resulta claro que la Unión carece de competencias para regular estas cuestiones. Es de justicia hacer notar, sin embargo, que el Tribunal de Justicia ha aludido a otras materias, como es la lengua, parecen aportar una visión más amplia de la *estructura* constitucional.

El art. 4.2 TUE también vincula la identidad nacional con algunas funciones específicas del Estado (garantizar la integridad territorial, mantener el orden público, salvaguardar la seguridad nacional). Serían funciones estrechamente vinculadas con la soberanía propia de los Estados (como lo fuera en el pasado la emisión de la moneda). Aunque hemos visto como incluso en estas materias la Unión puede intervenir de forma mediata, lo que interesa subrayar ahora es que estamos en presencia de funciones que, en el plano estatal, se proyectan en competencias de los poderes constituidos, competencias que en muchas ocasiones vienen concretadas y desarrolladas por normas infraconstitucionales. En estos casos la identidad nacional se identificaría con la preservación de concretas competencias legislativas de los Parlamentos nacionales y ejecutivas y de desarrollo de los poderes ejecutivos. Aunque resulta incuestionable la relevancia de estas funciones para cualquier Estado (sea constitucional o no), resulta difícil afirmar que definen la identidad nacional de un Estado constitucional.

Si los enfoques examinados de la identidad nacional presentan estas limitaciones, conviene explorar el material. Deberíamos preguntarnos, entonces, qué materias son aquéllas que deben preservarse siempre en un Estado específicamente constitucional. Se indica específicamente constitucional porque no parece ni suficiente ni necesario aludir a la preservación de la soberanía estatal, dado que la existencia de los Estados es el presupuesto de la propia existencia de la Unión. Hay que centrarse, por estas razones, en la finalidad propia del Estado constitucional. Y ésta no es otra que asegurar la libertad, a través del establecimiento de un sistema eficaz de protección de los derechos fundamentales<sup>85</sup>. No hay una misión más prioritaria que el respeto de los derechos fundamentales en un Estado constitucional porque es la que justifica su instauración. Esta afirmación no pretende minusvalorar la relevancia de otras funciones de gran trascendencia, como

85 Como explica Paloma Biglino (2018: 23-26), esta tesis tiene su antecedente en Locke, para el que el Estado que surge del contrato social tiene que respetar la libertad de los ciudadanos, pudiendo revocarse los poderes del Estado si no cumplen con su obligación (p. 25). Así concebidos los derechos fundamentales se presentan como un límite material al poder del Estado. Es con el fin de garantizarlos que se establecen otros límites al poder estatal: uno funcional, referido a la separación de poderes (*ibidem*, pp. 111 ss.) y otro temporal, que se concreta en la exigencia de elecciones periódicas. Esta formulación, que ya operaba en el marco del Estado liberal de Derecho en la Europa continental, se refuerza en el actual Estado social y democrático de Derecho, que confieren carácter normativo y supremo a las Constituciones, lo que hace que todos los poderes constituidos estén limitados por nuestros derechos fundamentales.

puede ser el orden público, que resulta esencial para que el ejercicio de los derechos fundamentales sea posible en la práctica.

De esta forma podría entenderse los derechos fundamentales definen nuestra identidad constitucional. Identidad que comprende también aquellas particularidades en materia de derechos fundamentales arraigadas en la cultura constitucional y en la historia de cada uno de los distintos Estados que forman parte de la Unión Europea. Resulta claro, por ejemplo, que el derecho a la dignidad cumple un papel en el Derecho alemán que no tiene un equivalente claro en el Derecho constitucional español, como ocurre también con la construcción de la libertad individual en Francia (que va más allá de la estricta libertad personal recogida en el art. 17 CE). Y sin embargo, el respeto de estos derechos resulta obligado para todos los poderes públicos de los citados Estados.

La identificación de la identidad nacional del art. 4.2 TUE con los derechos fundamentales puede apoyarse también en la propia actuación de los Tribunales Constitucionales que hemos analizado en páginas anteriores. Algunos de ellos han planteado cuestiones prejudiciales cuando han considerado que una norma de la Unión compromete seriamente algún derecho fundamental<sup>86</sup>, como ha ocurrido con la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros<sup>87</sup> o con el muy difundido y citado asunto Taricco en Italia. Resulta evidente que esta sensibilidad por el respeto de los derechos fundamentales, que ha sido constantemente mantenida en el tiempo por parte de algunos Tribunales Constitucionales, acredita la relevancia que estos presentan para su identidad nacional.

Subrayar la relevancia de este componente de la identidad nacional no pretende negar la importancia de otros que también formarían parte de la misma, como es el principio democrático. Y es probable que se pudieran adicionar otros contenidos nucleares a la identidad constitucional. Nuestra tesis es más limitada. Es que resulta posible concluir, de lo señalado hasta el momento, que los derechos fundamentales forman parte de la identidad nacional de los Estados que limita el alcance del Derecho de la Unión.

El segundo interrogante que nos planteábamos al comienzo de este epígrafe era qué órgano debe resolver los casos en que el Derecho de la Unión (en sentido lato) compromete la identidad nacional. Resulta evidente que si tal función la tiene el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea se garantiza la uniformidad en

86 Han planteado cuestiones prejudiciales el Consejo Constitucional francés [STJUE (Sala Segunda) de 30 de mayo de 2013, Jeremy F. (asunto C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358), sobre los arts. 27.4 y 28.3.c] y los Tribunales Constitucionales español [STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Melloni (asunto C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107), sobre el artículo 4 bis.1] e italiano [ver SSTJUE (Gran Sala) de 18 de abril de 2023, E.D.L. (asunto C-699/21, ECLI:EU:C:2023:295), sobre el art. 1.3; y de 6 de junio de 2023, O.G. (asunto C-700/21, ECLI:EU:C:2023:444), sobre el art. 4.6].

87 Regulada por la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio, modificada por la Decisión Marco del Consejo 2009/299/JAI, de 26 de febrero.

la aplicación del Derecho de la Unión, pero es harto probable que la misma se consiga menoscabando la identidad constitucional de los Estados miembros, ya que dicho Tribunal ha seguido unas pautas interpretativas, examinadas en el segundo epígrafe del presente estudio, que minimizan la eficacia de cualquier norma nacional, constitucional o no, cuando existe un *consenso europeo*. Además, no deja de ser paradójico que sea el poder judicial de la Unión el que deba determinar cuando ésta se extralimita y que deba hacerlo, además, tomando en consideración normas estatales. Y es que siendo cierto que el art. 4.2 TUE es una norma de la Unión, no lo es menos que las normas que definen la identidad estatal son nacionales, y que por tal razón su interpretación y alcance solamente puede ser establecido, en última instancia, por órganos judiciales estatales<sup>88</sup>.

Hemos visto que, en el caso italiano, el Tribunal Constitucional se ha atribuido, en exclusiva, esta función, como también lo hace el español en la DTC 1/2004 y el alemán en su difundida doctrina Solange. Y parece que es razonable que así sea porque, en los ordenamientos constitucionales en los que este órgano se ha instaurado, su misión es ofrecer la interpretación de las normas constitucionales (en lo que ahora interesa, de las que recogen derechos fundamentales), limitando la actuación de los poderes constituidos (y no olvidemos que el Derecho de la Unión no presenta naturaleza —ni consiguientemente rango— constitucional). Y es que la función material que el Tribunal realiza es similar a la que ejerce en el control de constitucionalidad, aunque tenga una naturaleza y efectos diferentes: analizar la compatibilidad de una actuación o norma de la Unión Europea con el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Examinar si la eventual aplicación de esa norma o acto supone la ablación del derecho constitucional.

Podría pensarse si tal actuación debe hacerse invocando el diálogo jurisprudencial a través del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como éste sugiere. Y, aunque los tribunales constitucionales han optado, en los últimos años, por servirse de este mecanismo procesal, hemos defendido en otro estudio previo, al que nos remitimos sin más trámite (Matia, 2019, 151 ss.), que los tribunales constitucionales deben hacer un uso casi testimonial de la cuestión prejudicial, reservándola para supuestos muy excepcionales. Se justificaba esta posición en una serie de razones que nos limitamos a enumerar ahora: (a) los Tribunales Constitucionales pueden no formar parte del poder judicial en algunos Estados, como el español, y en todo caso no son órganos jurisdiccionales que aplican el Derecho de la Unión (art. 267 TFUE), (b) están sometidos exclusivamente a su Constitución y a la normativa que disciplina su funcionamiento, y (c) su función inherente es interpretar el contenido y alcance de las normas constitucionales y verificar si han sido respetadas

<sup>88</sup> Y es que “el juez que fija el límite que la norma europea no puede traspasar es en último término el juez nacional, pues suya es la competencia para determinar en último término cuál sea la identidad nacional inherente a ‘la estructura fundamental política y constitucional’” (Rubio, 2017: 525).

por los poderes constituidos. En particular, y en relación con los derechos fundamentales, se indica expresamente en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, que estos se interpretarán, al amparo del art. 10.2 CE, “también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales”. Y sabemos que esa eficacia interpretativa puede tomar en consideración otros textos internacionales (destacadamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y no impone una obligación para el Tribunal Constitucional de incorporar su contenido a nuestros derechos fundamentales<sup>89</sup>. Se concluía ese estudio indicando también que puede ser útil que en casos excepcionales un Tribunal Constitucional se valga de la cuestión prejudicial para justificar la existencia de un límite derivado de la identidad nacional. Se trataría de una muestra de lealtad hacia la Unión, al posibilitar que el Tribunal de la Unión pueda corregir o matizar su jurisprudencia, evitando un previsible choque de trenes (como hizo el Tribunal Constitucional italiano en su muy relevante Auto 24/2017, en relación con el asunto Taricco, al que ya se ha hecho referencia en líneas anteriores).

Precisamente porque los órganos judiciales nacionales sí son, también, órganos judiciales de la Unión no pueden disponer de la última palabra sobre la existencia de una reserva constitucional vinculada con la identidad nacional. Pueden, eso sí, servirse de las cuestiones prejudiciales (europea y constitucional) para invocarla y confiar en que el Tribunal de Luxemburgo o el Tribunal Constitucional examinen su eventual concurrencia y viabilidad. Pero es éste último el que puede activar el límite previsto en el art. 4.2 TUE, como ya ha ocurrido en ciertos casos.

Podría afirmarse entonces que los Tribunales Constitucionales pueden activar el límite previsto en el art. 4.2 TUE cuando el Derecho (en sentido lato) de la Unión comprometa un derecho fundamental. Queda por examinar, para concluir el presente estudio, cómo ejercer este control y qué efectos jurídicos produce.

Comencemos por el principio. Resulta evidente que tal actuación por parte del Tribunal Constitucional será, por lo general, excepcional, porque la normativa de la Unión se alinea normalmente con el respeto y la tutela de los derechos fundamentales. De hecho, si uno examina los problemas que se han producido, estos suelen traer causa de que mientras que el Tribunal de Justicia parte de un enfoque vinculado con el reparto de competencias entre la Unión y los Estados

89 Un caso paradigmático de este fenómeno se produce en la STC (Sala Segunda) 186/2013/7, de 4 de noviembre (recurso de amparo núm. 2022-2012, ECLI:ES:TC:2013:186), en la que el Tribunal Constitucional desestima la lesión del derecho a la intimidad familiar derivada de la expulsión de la recurrente, residente irregular en suelo español, y la separación de su hija española menor de edad, aun sabiendo que tal decisión era contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Posteriormente, el Estado español llegó a un acuerdo con la víctima que evitó la condena del Reino de España por parte del Tribunal de Estrasburgo [ver ATEDH (Sección Tercera) G.V.A. c. España, de 17 de marzo de 2015 (demanda 35765/14, ECLI:CE:ECHR:2015:0317DEC003576514)]. Ver, en el plano doctrinal, Hurtado, 2008; y Matia, 2020: 231 ss.

miembros y con el respeto a la primacía del Derecho de la Unión, los Tribunales Constitucionales examinan si la aplicación de una norma de la Unión puede sacrificar, en el supuesto específico sometido a su consideración, un derecho constitucional del afectado. Este examen incidental (de las concretas circunstancias del caso) es imprescindible cuando se trata de determinar si un derecho fundamental ha sido respetado o no.

Cuando el Tribunal Constitucional determina que se ha producido una violación del derecho fundamental solamente puede (y debe) inaplicar la norma de la Unión en ese caso singular, por entender que la misma lo vulnera o porque (y esto es lo más habitual) su aplicación al concreto caso enjuiciado resulta incompatible con la vigencia de la libertad afectada. Es importante subrayar que el efecto del control ejercido por los tribunales constitucionales tendría un impacto muy limitado sobre la eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, y que tal eventual incumplimiento traería causa, además, del respeto a un derecho fundamental. Aun en el supuesto de que las autoridades de la Unión quisieran sancionar al Estado incumplidor resulta evidente que esa hipotética infracción no traería causa de la dejación de los poderes públicos estatales y podría encontrar una justificación en los mismos derechos que la Carta de los Derechos Fundamentales se comprometió a respetar en su artículo 53 (aunque éste fuera reinterpretado en la citada STJUE Melloni).

Lo que quiere subrayarse es que la tesis aquí defendida no compromete seriamente el proceso europeo de integración y no supone un ataque radical ni a la primacía del Derecho de la Unión ni a su aplicación uniforme. Muy al contrario. Se trata de prever la existencia de una válvula de seguridad que evite que una organización internacional que tiene por fundamento la defensa de la libertad pueda servir, paradójicamente, para restringirla. Sería suficiente este argumento para valorar la viabilidad de la tesis defendida en esta investigación.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alcaraz, H. (2004). Note sous décision n° 2004-499 DC. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 60, 822-830.
- Alcaraz, H. y Charpy, Ch. (2007). Note sous décision núm. 2006-540 DC du 27 juillet 2006. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 69, 85-120.
- Álvarez Álvarez, L. (2014). Actos *ultra vires* de la Unión Europea y derecho a la participación política: la decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre el programa de adquisición de deuda pública del Banco Central Europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 433-446.
- Arzoz Santisteban, X. (2016). Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional. *REDE. Revista Española de Derecho Europeo*, 58, 109-141.
- Azoulai, L. y Ritleng, D. (2021). L'État, c'est moi. Le Conseil d'État, la sécurité et la conservation des données. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2, 349-374.

- Benabou, V.L. (2006). Patratras! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006. *Propriétés intellectuelles*, 20, 240-243.
- Biglino Campos, P. (2018). *Retos a la libertad y Estado constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Bogdandy, A. Von (2001). La integración europea a la luz de la Constitución alemana: una contribución sobre los actuales malentendidos en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht. *Cuadernos de Derecho Público*, 13, 195-214.
- Brechet, F.X. (2021). De l'art de concilier l'inconciliable. La Constitution, le droit de l'Union et les données de connexion. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 3, 637-653.
- Burgogues-Larse, L. (dir) (2011). *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*. Paris: Pedone.
- Burgogues-Larsen, L. (2022). La identidad constitucional en la jurisprudencia francesa: la historia del vals jurisprudencial hexagonal. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 411-430.
- Caiola, A. (2022). Aller au fond des choses. Primauté du droit de l'Union européenne et indépendance des juges. *Revue des Affaires Européennes*, 1, 165-173.
- Callies, C. y Schyff, G. (eds.) (2019). *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Camby, J.-P. (2004). Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution?. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 4, 878-888.
- Cassia, P. (2005). Le juge administratif, la primauté du Droit de l'Union Européenne et la Constitution française. *Revue Française de Droit Administratif*, 3, 465-472.
- Cassia, P. y Saulnier-Cassia, E. (2006). Rapports entre la Constitution et le droit communautaire. *Droit Administratif*, 10, 31-33.
- Celotto, A. (2018). Ritorno al passato sui controlimiti. *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 1318-1320.
- Chaltiel, F. (2007). Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs. *Revue de l'Union Européenne*, 504, 61-65.
- Chaltiel, F. (2013). L'eupéanisation du juge constitutionnel: le dialogue renforcé entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne. *Les Petites Affiches*, 129, 4-17.
- Classen, C.D. (2010). ¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de procrustes? Acerca de la sentencia del tribunal constitucional federal sobre el Tratado de Lisboa. *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 237-260.
- Corti Varela, J. (2021). El 'Public Sector Purchase Programme' (PSPP) a la luz de las jurisprudencias del TJUE y del Tribunal Constitucional Federal Alemán: antecedentes y consecuencias de la sentencia del BVerfG de 5 de mayo de 2020 (2 BvR 859/15). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 68, 67-112.
- Cruz Mantilla de los Ríos, P. (2021). *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Cruz Mantilla de los Ríos, P. (2022). Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE. *Revista de Derecho Político*, 114, 245-275.

- Cruz Villalón, P. (2013). La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 501-514.
- Déchaux, R. (2022). La suprématie constitutionnelle selon le juge constitutionnel: majeure avancée pour banale déception. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 131, 718-728.
- Duffy, A. (2004). Note sous Décision n° 2004-497 DC. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 60, 809-821.
- Dutheil de la Rochère, J. (2005). Conseil constitutionnel, French Constitutional Court. Decision n.° 2004-496 of 10 June 2004. Loi pour la confiance dans l'économie numérique e-commerce. *Common Market Law Review*, 42, 859-869.
- Eijken, H.V. y Meyermans Spelmans, E. (2022). Words Travel Worlds: Language in the EU Internal Market, Linguistic Diversity and the National Identity of the Member States. *Comparative Law and Language*, 2, 87-101.
- Federico, G.D. y Martinico, G. (2023). Official Languages, National Identities and the Protection of Minorities: A Complex Legal Puzzle. *European Constitutional Law Review*, 2, 346-370.
- Filippi, S. (2022). Una inammissibilità che conferma l'impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo. *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2135-2166.
- Giovannini, G. (2023). Modelos de determinación de la co-maternidad derivada de reproducción asistida. *Un análisis de Derecho comparado*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Gómez Muñoz, J.M. (2013). A propósito del requisito de nacionalidad para el ejercicio y libre establecimiento de los notarios en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 45, 761-777.
- Häberle, P. (2009). La regresiva 'Sentencia Lisboa' como 'Maastricht-II' anquilosada. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 12, 397-429.
- Hurtado Martínez, J.A. (2008). La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores. *Actualidad Administrativa*, 9.
- Kölling, M. (2022). El nuevo mecanismo de condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE: ¿vía libre tras la sentencia?. *Análisis del Real Instituto Elcano*, 17.-Philippe (2004). Commentaire des décisions du Conseil constitutionnel du 10 juin et du 1<sup>o</sup> juillet 2004: rapport entre le droit communautaire et le droit national. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2, 580-597.
- Labayle, H. y Mehdi, R. (2013). Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice. *Revue Française de Droit Administratif*, 3, 461-476.
- Liñán Noguerras, D.J. y Martín Rodríguez, P.J. (dirs.) (2018). *Estado de Derecho y Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- López Escudero, M. (2023). Protección de los principios del Estado de Derecho en la Unión Europea mediante la condicionalidad financiera. *De lege ferenda. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1, 4-33.
- Martín Rodríguez, P.J. (2021). *El Estado de Derecho en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- Masing, J. (2022). Preservación de la identidad constitucional respecto de la UE en la jurisprudencia constitucional alemana. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 393-410.

- Matia Portilla, F.J. (2005). Dos constituciones y un solo control: El lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74, 341-360.
- Matia Portilla, F.J. (2019). Las relaciones entre los TTCC y el TJUE: lo que los tribunales constitucionales deben y no deben, en principio, hacer. En Ugartemendia Eceizabarrena, J.I. y Saíz Arnáiz, A. (dirs.): *El futuro jurisdiccional de Europa*. (pp. 151-175). Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Matia Portilla, F.J. (2020). ¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida. En Matia Portilla, F.J. y López de la Fuente, G. (dirs): *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*. (pp. 231-282). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Matia Portilla, F.J. (2022). Los derechos fundamentales de la Unión y su incidencia en competencias claramente estatales. *Revista de Estudios Europeos*, 80, 245-261.
- Maugüé, Ch. (2004). La décision du Conseil constitutionnel sur la loi pour la confiance dans l'économie numérique ou la consécration par le Conseil constitutionnel de la théorie de la directive-écran. *Le Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie*, 28, 2-6.
- Millet, F.-X. (2012). *L'Union Européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Monjal, P.-Y. (2013). QPC 314P — Épisode I: Le Conseil constitutionnel français n'est pas une juridiction! C'est ce que la Cour de justice ne dira — sans doute — pas... *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2, 297-323.
- Morales, M. (2022). L'interdiction de déléguer à une personne privée une compétence de police administrative: une règle inhérente à l'identité constitutionnelle de la France. *Droit Administratif*, 2, 40-43.
- Mouron, P. (2011). Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, toujours dans l'impasse. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 87, 588-595.
- Progin-Theuerkauf, S. y Zufferey, V. (2020). Aucune justification du refus de participer au mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs d'une protection internationale. *European Papers*, 1, 587-595.
- Roca Fernández, M.J. (2022). La identidad constitucional en la Unión europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales. En García Roca, Javier y Bustos Gisbert, R. (coords.): *Identidades europeas, subsidiariedad e integración* (pp. 67-90). Cizur Menor, Aranzadi.
- Rodríguez de Santiago, J.M. (2021). Sobre democracia, metodología y dinero. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 5 de mayo de 2020, sobre el PSPP. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 295-331.
- Romboli, S. (2020). El conflicto entre identidad nacional y derecho de la unión europea en el caso Coman: El tribunal de justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 33.
- Roux, J. (2022). Les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France existent!. *Recueil Dalloz*, 1, 50-56.

- Rubio Llorente, F. Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional en los Estados miembros de la Unión Europea. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 515-527.
- Ruggeri, A. (2019). I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo. *www.giurcost.org*, 1.
- Ruggeri, A. (2022). Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo 'dialogo' tra le Corti. *www.giurcost.org*, 2.
- Saíz Arnaiz, A. y Alcoberro Llivina, C. (eds.) (2013). *National Constitutional Identity and European Integration*. Cambridge: Intersentia.
- Saldaña Ortega, V. (2023). El proteccionismo comunitario: a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022. *Unión Europea Aranzadi*, 1.
- Sales, É. (2005). La transposition des directives communautaires: une exigence de valeur constitutionnelle sous réserve de constitutionnalité. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 3, 597-622.
- Sanz Caballero, S. (coord.) (2022). *La Unión Europea y el reto del Estado de Derecho*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Selejan-Gutan, B. (2021). A Tale of Primacy, part III. *Verfassungsblog on matters constitutional* 17/11/2021.
- Spalding, A. (2019). Where Next After Coman?. *European Journal of Migration and Law*, 1, 117-139.
- Stein, T. (1994). La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht. *Revista de Instituciones Europeas*, 3, 745-769.
- Tatham, A.F. (2022). The paradox of judicial dialogue with the European Court of Justice in an illiberal democracy: the recent experience with the hungarian Constitutional Court. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 483-517.
- Tryfonidou, A. (2019). The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely Between EU Member States: The Coman ruling. *European Law Review*, 5, 663-679.
- Ugartamendia Eceizabarrena, J.I. y Saíz Arnaiz, A. (dirs.) (2021). *¿Está en peligro el Estado de Derecho en la Unión Europea?* Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Urania Galetta, D. y Ziller, J. (2020). '¿Karlsruhe über alles?' la insoponible pesadez del juez constitucional alemán. *REDE. Revista Española de Derecho Europeo*, 73-74, 179-212.
- Verpeaux, M. (2007). Rappel des normes de référence dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi Droit d'auteur. *La Semaine Juridique. Édition générale*, 16, 34-37.
- Vidal Prado, C. (coord.) (2011). *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Vosa, G. (2023). Questioning 'primacy': A proposal for a systematic understanding of 'identitarian arguments' in national constitutional case-law. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27, 11-49.

\*\*\*

TITLE: *National identity, Court of Justice of the European Union and constitutional jurisdictions*

ABSTRACT: *National identity, referred to in Article 4(2) TEU, has been interpreted in different ways by the Court of Justice of the European Union and by different constitutional jurisdictions in some member*

*States. This paper examines the evolution of the regulation of constitutional identity in the Union's treaties and in the case law of the Court of Luxembourg and certain constitutional courts, and proposes, in the light of the analysis carried out, some hypotheses as to which bodies should be responsible for invoking national identity, in which cases and with what effects.*

RESUMEN: *La identidad nacional, a la que se alude en el artículo 4.2 TUE, ha sido interpretada de diversas maneras por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de distintas jurisdicciones constitucionales de algunos Estados miembros. En este trabajo se examina la evolución de la regulación de la identidad constitucional en los tratados de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y de algunos Tribunales constitucionales y se propone, a la vista del análisis realizado, algunas hipótesis sobre qué órganos deberían ser los encargados de invocar la identidad nacional, en qué supuestos y con qué efectos.*

KEY WORDS: *Constitutional Court, Court of Justice of the European Union, National identity, Fundamental rights, democracy, Ultra vires.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Identidad nacional, derechos fundamentales, Democracia, Ultra vires.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 12.12.2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15.02.2024

CÓMO CITAR / CITATION: Matia Portilla, F.J. (2024). Identidad nacional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y tribunales constitucionales. *Teoría y Realidad Constitucional* 53, 279-314.