

# **IDENTIDAD NACIONAL Y VALORES DE LA UNIÓN EUROPEA: LÍMITES A UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 4.2 TUE**

PABLO CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NOCIÓN DE IDENTIDAD NACIONAL. 1. Génesis y evolución de la cláusula de identidad nacional en el Derecho de la Unión. 2. Noción de identidad nacional: dos corrientes doctrinales confrontadas. 2.1. Noción jurídico-constitucional. 2.2. Noción histórico-cultural. III. IDENTIDAD NACIONAL EN PERSPECTIVA JUDICIAL: JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL Y CONSTITUCIONAL. 1. Jurisprudencia supranacional. 2. Jurisprudencia constitucional. 2.1. Una visión comparada general. 2.2. Primer caso de estudio: la experiencia jurídica húngara. 2.3. Segundo caso de estudio: la experiencia jurídica polaca. IV. LOS VALORES FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN: UN LÍMITE ABSOLUTO A LA CLÁUSULA DE IDENTIDAD NACIONAL. V. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 19.04.2021  
Fecha aceptación: 21.09.2021

# IDENTIDAD NACIONAL Y VALORES DE LA UNIÓN EUROPEA: LÍMITES A UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 4.2 TUE

PABLO CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS\*

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los debates fundamentales sobre la integración europea es aquel que aborda el modo de interacción entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión, habiendo adquirido la identidad nacional un especial protagonismo en el marco de estas discusiones en los últimos años<sup>1</sup>. Tras la nueva formulación de la cláusula de identidad nacional (artículo 4.2 TUE<sup>2</sup>) con motivo de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009, se puede apreciar cómo esta categoría jurídica ha suscitado un interés renovado tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia nacional y supranacional<sup>3</sup>. En cualquier caso, esta atención mostrada por parte de la comunidad

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra. Carrer Ramón Triás Fargas, 25-27, Barcelona, C.P. 08005. Correo electrónico: pablo.cruz@upf.edu. ORCID: 0000-0001-8634-2308. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación (Excelencia) “Desafíos del proceso de construcción del espacio europeo de derechos fundamentales” (DER2017-83779-P).

<sup>1</sup> Buena prueba del considerable predicamento que está recibiendo esta categoría jurídica en los últimos años son las recurrentes opiniones doctrinales que coinciden en señalar que la identidad nacional es un concepto que está «de moda». *Vid.*, por todos, WEILER, J.H.H. (2002), «A Constitution for Europe? Some Hard Choices», *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, vol. 4, p. 569.

<sup>2</sup> Artículo 4.2 TUE: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, 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>3</sup> *Vid.* SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (2013), «Why Constitutional Identity Suddenly Matters?: A Tale of Brave States, a Mighty Union and the Decline of Sovereignty», en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia.

jurídica no ha permitido superar su consideración como una figura jurídica sumamente controvertida. En particular, una reciente corriente doctrinal ha alertado de los riesgos asociados a una interpretación de la misma en clave soberanista por parte de aquellos Estados miembros que están poniendo en práctica una agenda política claramente iliberal en el contexto de la Unión Europea<sup>4</sup> y, muy señaladamente, en Hungría y Polonia<sup>5</sup>.

Entre los rasgos más prominentes de la identidad nacional, cabe destacar que esta norma está aquejada de una importante indeterminación, tanto por lo que se refiere a su sentido como a su alcance<sup>6</sup>. Esta imprecisión ha abierto la posibilidad a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE, erigiéndose en tales casos como una amplia «norma de resistencia» estatal en virtud de la cual se pueda limitar la aplicación del Derecho de la Unión en el ordenamiento nacional<sup>7</sup>. En puridad, no es una novedad que la cláusula de identidad nacional haya sido articulada en ocasiones por algunos Estados miembros en tales términos, aunque sí lo es una relectura nacionalista de esa disposición en línea con el auge de movimientos políticos de impronta autocrática y populista en nuestro continente. En este sentido, entre los retos actuales más acuciantes para la Unión Europea<sup>8</sup>, puede apreciarse como

<sup>4</sup> FABBRINI, F. y SAJÓ, A. (2019), «The dangers of constitutional identity», *European Law Journal*, núm. 25, vol. 4, pp. 472-473.

<sup>5</sup> Una deriva nacionalista e iliberal particularmente inquietante puede apreciarse en Hungría y Polonia, siendo muy revelador que la Unión Europea haya iniciado por primera vez en su historia el procedimiento sancionador extraordinario contemplado en el artículo 7 TUE (*vid.*, respectivamente, Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia, 20 de diciembre de 2017, COM(2017) 835 final y Resolución del Parlamento Europeo por la que se propone al Consejo que constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, 12 de septiembre de 2018, (2017/2131(INL)).

<sup>6</sup> Coincidendo en calificar a la identidad nacional como una categoría jurídica indeterminada, CLOOTS, E. (2015), *National Identity in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 174; FARAGU-NA, P. (2017), «Constitutional Identity in the EU - A Shield or a Sword?», *German Law Journal*, núm. 18, vol. 7, pp. 1622 y 1640; MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M. (2019), «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial», *Revista de Derecho Político*, núm. 105, pp. 322-324.

<sup>7</sup> Sobre la doble naturaleza de la cláusula de identidad nacional como una «norma de resistencia» y una «norma de convergencia», *vid.* MILLET, F.X. (2013), *L'Union Européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, París, LGDJ. En términos semejantes se expresa Burgorgue-Larsen, que reconoce a dicho precepto una «función de cierre» y una «función de apertura», *vid.* BURGORGUE-LARSEN, L. (2011), «L'identité constitutionnelle en question(s)», en BURGORGUE-LARSEN, L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, París, Pedone.

<sup>8</sup> Para Skouris, expresidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2004-2015), la Unión atraviesa una «crisis de aspectos múltiples», subyaciendo a sus diferentes manifestaciones una confrontación implícita entre la identidad nacional y la unidad europea. *Vid.* SKOURIS, V. (2018), «L'identité nationale: qui détermine son contenu et selon quels critères?», en AA.VV., *Liber Amicorum in Onore di Antonio Tizzano: De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le Long Parcours de la Justice Européenne*, Turín, Giappichelli, pp. 912-913.

elemento común la proliferación de discursos que reclaman una mayor soberanía para los Estados<sup>9</sup>.

Así las cosas, el presente estudio se propone llevar a cabo un análisis de una reciente línea de opinión política y judicial sobre la identidad nacional que presenta serias dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión. En concreto, una manifestación especialmente preocupante de este fenómeno es el empleo interesado de esta categoría jurídica por aquellos Estados miembros que están sistemáticamente vulnerando los valores fundamentales del ordenamiento jurídico europeo (artículo 2 TUE). A estos efectos, se abordarán tres cuestiones principales, a saber: las diferentes visiones doctrinales sobre la noción de identidad nacional, la jurisprudencia de las máximas autoridades judiciales europeas a este respecto y, por último, se explorarán los posibles límites a una interpretación extensiva de esta figura en el contexto del Derecho de la Unión.

## II. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NOCIÓN DE IDENTIDAD NACIONAL

Expresadas las dificultades conceptuales que rodean a la noción de identidad nacional, es oportuna una sucinta aproximación histórica que nos asista en la labor de esclarecer su significado. Este análisis nos permitirá conocer la intención de los autores de los Tratados al introducir esta cláusula, así como las motivaciones que subyacieron a sus posteriores modificaciones. Gracias a este examen, será posible determinar si una interpretación histórica del artículo 4.2 TUE respalda o debilita aquellos planteamientos que sostienen una visión particularmente elástica de esta categoría jurídica.

### 1. *Génesis y evolución de la cláusula de identidad nacional en el Derecho de la Unión*

La primigenia cláusula de identidad nacional tuvo entrada en el texto de los Tratados con ocasión de la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992. De todos modos, el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros es una idea

---

<sup>9</sup> Entre los numerosos ejemplos que ponen de relieve el éxito de esta línea discursiva, cabe recordar uno de los eslóganes más conocidos de la campaña de los partidarios del Brexit para el referéndum del 23 de junio de 2016: «*let's take back control!*» (en español, ¡retomemos el control!). En algunos casos, esa retórica soberanista está empezando a incorporar a su repertorio argumentativo una reivindicación de la propia identidad. En este sentido, no está demás apuntar que la mayoría de los partidos políticos euroescépticos que se presentaron a las pasadas elecciones al Parlamento europeo en mayo del 2019 se han asociado en dicha institución en un mismo grupo parlamentario recientemente redenominado como «Identidad y Democracia».

presente en la historia de la construcción europea desde sus mismos orígenes<sup>10</sup>. Su reconocimiento expreso en el entonces Derecho comunitario no es absolutamente innovador, sino que su proclamación es la «codificación» de un principio no escrito que había sido previamente consolidado en la práctica comunitaria<sup>11</sup>. En esencia, podría afirmarse que viene a reflejar la tensión inherente al propio proyecto europeo en el que se trata de hacer conciliable una «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» con la debida consideración a la realidad y diversidad estatal, siendo esta última un valor fundacional y basilar de la Unión reflejado incluso en su propia divisa: «Unida en la diversidad»<sup>12</sup>.

Estos primeros compases del recorrido histórico de la cláusula de identidad nacional se caracterizaron por la escasa atención que recibió en el ámbito académico y judicial. Es por ello que algunos autores no dudaron incluso en calificarla como una declaración con un valor más político que jurídico<sup>13</sup>. De igual modo, pasó sustancialmente desapercibida en los años venideros, sufriendo modificaciones ciertamente menores en las posteriores reformas convencionales que dieron luz al Tratado de Ámsterdam en 1997 y al Tratado de Niza en el año 2001, que mantuvo su redacción completamente inalterada. No fue hasta la llegada del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en el año 2004 (en adelante, Tratado Constitucional o Constitución Europea) cuando se pueden constatar cambios verdaderamente trascendentales.

La versión actualmente vigente de la cláusula de identidad nacional es, en larga medida, deudora de la significativa reelaboración operada por la Convención europea que desembocaría en el frustrado Tratado Constitucional (artículo I-5.1<sup>14</sup>). En efecto, los únicos cambios introducidos con la aprobación del Tratado de Lisboa consistirían en añadir una última oración meramente reiterativa para enfatizar que la seguridad nacional sigue siendo un ámbito normativo exclusivo de los Estados miembros<sup>15</sup> y,

---

<sup>10</sup> SAIZ ARNAIZ, A. (2011), «Identité nationale et Droit de l'Union Européene dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole», en BURGORGUE-LARSEN, L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, París, Pedone, p. 101.

<sup>11</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.J. (2013), «Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, pp. 567-568.

<sup>12</sup> Declaración núm. 52 aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa.

<sup>13</sup> SIMON, D. (1992), «Article F. Commentaire», en CONSTANTINESCO, V., KOVAR, R. y SIMON, D. (eds.), *Traité sur l'Union Européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article*, París, Economica, pp. 88-89.

<sup>14</sup> Artículo I-5.1 Tratado Constitucional: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional».

<sup>15</sup> En relación al contenido de las negociaciones entabladas durante los trabajos preparatorios que condujeron a repetir o, si se prefiere, enfatizar que la seguridad nacional constituye una responsa-

desde un punto de vista nominal, en sustituir la indicación de «Constitución» por la de «Tratados». Todo ello justifica el especial interés por conocer los debates que se produjeron durante la Convención europea en cuanto pueden arrojar luz sobre el significado y ámbito de aplicación de este oscuro precepto<sup>16</sup>.

Los trabajos preparatorios que condujeron a la aprobación de esta controvertida disposición fueron encomendados al Grupo de Trabajo V de la Convención europea. Estas labores legislativas presentan un enorme interés, puesto que permiten contrastar las diversas posibilidades de redacción barajadas y la versión definitivamente acordada. Cuando las negociaciones se encontraban en un estado considerablemente avanzado, se esbozó una propuesta en la que se identificaron dos «áreas de responsabilidades nacionales nucleares»: estructuras fundamentales y funciones esenciales de un Estado miembro (estructura política y constitucional, autonomía regional y local, ciudadanía nacional, territorio, estatuto jurídico de las Iglesias y las sociedades religiosas, defensa nacional y organización de las fuerzas armadas, y lenguas), y políticas públicas básicas y valores sociales de un Estado miembro (políticas para la distribución de los impuestos, imposición y recaudación fiscal, sistema de beneficios sociales, sistema educativo, sistema de sanidad pública, preservación de la cultura y desarrollo, y servicio militar obligatorio o servicios comunitarios)<sup>17</sup>. Puede constatarse cómo la disposición finalmente resultante de esas discusiones incorporó a la letra del Tratado la mayoría de las materias enumeradas en el primer grupo, mientras que ninguna de las relativas al segundo tuvieron acogida en el mismo.

Estas reflexiones mantenidas en el seno de la Convención europea son muy reveladoras porque ponen de manifiesto que algunas de las ausencias de la dicción literal del vigente artículo 4.2 TUE fueron previamente consideradas. Expresado en otros términos, la falta de presencia de algunas de ellas en la redacción final obedece a una decisión consciente y consensuada entre sus miembros para que no fueran incluidas. Entre otras, merece destacarse, por razón de su pertinencia a los debates que posteriormente se desarrollarán sobre la noción de identidad nacional, la no inclusión de cuestiones de índole cultural, educativa o religiosa. Esta exclusión no puede, en ningún caso, interpretarse como una falta de reconocimiento normativo o de protección por parte del Derecho de la Unión<sup>18</sup>. Ahora bien, a mi juicio, puede afirmarse fundadamente que los autores de

---

bilidad exclusiva de los Estados, *vid.* PRIOLLAUD, F.X. y SIRITZKY, D. (2008), *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, París, La Documentation Française, p. 39.

<sup>16</sup> Para un estudio especialmente detenido con respecto a los trabajos preparatorios de la cláusula de identidad nacional en el marco de la Convención europea, *vid.* GUASTAFERRO, B. (2012), «Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause», *Yearbook of European Law*, núm. 31, pp. 271-289.

<sup>17</sup> Working Group V, Working Document 30, REV 1, Revised Draft Report, 25 de octubre de 2002, p. 11.

<sup>18</sup> A fin de evidenciar el reconocimiento y protección de tales materias por parte del Derecho de la Unión, baste pensar en el ejemplo de la cultura. Su referencia normativa básica aparece constituida por el artículo 167 TFUE, bajo la rúbrica «Cultura» (Título XIII), en virtud de la cual se reconoce

los Tratados decidieron claramente con su silencio no sumar esos ámbitos normativos entre las materias protegidas por la cláusula de identidad nacional<sup>19</sup>.

## 2. Noción de identidad nacional: dos corrientes doctrinales confrontadas

Aun existiendo muy variadas elaboraciones doctrinales a este respecto, es posible sistematizar esa pluralidad de voces mediante su categorización en dos grandes líneas de opinión a las que podemos denominar como jurídico-constitucional e histórico-cultural<sup>20</sup>. Una vez analizada la visión de los autores, esta será completada en el apartado sucesivo con la perspectiva jurisprudencial desde un doble prisma, tanto supranacional como nacional.

### 2.1. Noción jurídico-constitucional

Una primera aproximación es aquella que ha merecido el apoyo mayoritario de la doctrina, que se fundamenta en una interpretación histórica y textual de la disposición en que aparece proclamada actualmente<sup>21</sup>. Con la aprobación del Tratado de Lisboa, la cláusula de identidad nacional presenta un contenido más preciso y relativamente extenso, en claro contraste con el laconismo de las versiones precedentes. A partir de entonces, no se trata, pues, de una genérica declaración de respeto a la

---

el respeto a la diversidad cultural nacional y regional y, al mismo tiempo, la Unión se compromete a contribuir a su florecimiento. Asimismo, conviene añadir que el respeto, conservación y desarrollo del patrimonio cultural europeo constituye uno de sus objetivos (artículo 3.3 TUE) y es igualmente mencionada en el artículo 6 TFUE en el elenco de materias respecto de las cuales la Unión tan solo ostenta una competencia de apoyo, coordinación y complemento.

<sup>19</sup> En términos semejantes, defendiendo que el respeto a la diversidad cultural excede del ámbito de aplicación del artículo 4.2 TUE, sin perjuicio de su previsión normativa en otras disposiciones de los Tratados, *vid.* SZABADOS, T. (2021), «Constitutional Identity and Judicial Cooperation in Civil Matters in the European Union - an Ace up the Sleeve?», *Common Market Law Review*, núm. 58, pp. 75-76; VON BOGDANDY, A. y SCHILL, S. (2011), «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, núm. 48, vol. 5, pp. 1427 (nota al pie núm. 46 *in fine*) y 1430.

<sup>20</sup> Esta misma distinción entre dos corrientes doctrinales con respecto a la noción de identidad nacional ha sido expuesta por Spieker. *Vid.* SPIEKER, L.D. (2020), «Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts», *Common Market Law Review*, núm. 57, vol. 2, pp. 368-369.

<sup>21</sup> En defensa de esta aproximación doctrinal, y rechazando al mismo tiempo de manera expresa una concepción histórico-cultural, *vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. M. (2005), «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», en CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMPS, P. (dirs.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 438; SPIEKER, L.D., «Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts», *op.cit.*, pp. 368-369; VON BOGDANDY, A. y SCHILL, S., «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *op.cit.*, p. 1427.

identidad nacional de los Estados miembros, sino que se incorpora una enumeración de ámbitos normativos específicos respecto de los cuales se predica una obligación de neutralidad por parte del Derecho de la Unión.

Siguiendo la dicción literal de la norma, la identidad nacional aparece integrada por dos componentes principales: las estructuras constitucionales fundamentales y las funciones estatales esenciales. Respecto del primero de sus elementos constitutivos, se expresa en términos deliberadamente amplios, pudiendo entenderse que la Unión respeta que los Estados miembros se configuren jurídicamente de acuerdo con muy diversos modelos constitucionales. Esa fórmula general podría admitir, por tanto, diferentes sistemas constitucionales: constitución escrita o consuetudinaria, monarquía o república, presidencialismo o parlamentarismo, centralización o descentralización territorial, control de constitucionalidad de las leyes o supremacía del legislador, por mencionar tan solo algunos ejemplos<sup>22</sup>. En cuanto al segundo de los elementos integrantes, se citan, con carácter no exhaustivo<sup>23</sup>, tres áreas competenciales de responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro: integridad territorial, orden público y seguridad nacional. Así entendida, la identidad nacional presenta una estrecha vinculación con los textos constitucionales en la medida en que los mismos son generalmente considerados como el repositorio fundamental de los principios definitorios de un sistema jurídico<sup>24</sup>.

## 2.2. Noción histórico-cultural

Una visión alternativa es aquella que ha sido sostenida por una parte muy minoritaria de la doctrina, aunque ha tenido mayor eco en algunos Tribunales superiores nacionales<sup>25</sup>. En términos generales, sus partidarios asocian la identidad nacional a diferentes factores no exclusivamente jurídicos, tales como la historia, la cultura, la sociedad o la religión<sup>26</sup>. Podría decirse que se trata de una noción más extensa que

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO, L.M., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», *op.cit.*, pp. 439-440.

<sup>23</sup> GARBEN, S. (2020), «Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers», *Journal of Common Market Studies*, núm. 58, vol. 1, p. 45.

<sup>24</sup> *Vid.* MARTÍ, J.L. (2013), «Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People», en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia, 2013.

<sup>25</sup> Entre sus escasos defensores en el ámbito de la doctrina, *vid.* BESSELINK, L.F.M. (2010), «National and Constitutional Identity before and after Lisbon», *Utrecht Law Review*, núm. 6, vol. 3, pp. 42-44.

<sup>26</sup> Se ha defendido que diversos países de Europa del Este -Eslovaquia, Hungría, Polonia y República Checa- están promoviendo una transformación «etnocultural» del concepto de identidad nacional con el propósito de modular esa noción en términos «excluyentes» y «únicos» en base a criterios culturales, lingüísticos y religiosos. KOVÁCS, K. (2017), «The Rise of Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts», *German Law Journal*, núm. 18, vol. 7, pp. 1709-1710. En términos semejantes, se ha apreciado que en Estados miembros como en

la defendida mayoritariamente en la academia o, para ser más precisos, acumulativa, debido a que suma una serie de elementos a los ya contemplados por la concepción jurídico-constitucional. Se alude de este modo a una pluralidad de rasgos (jurídicos y no jurídicos) que conforman la idiosincrasia de una comunidad política nacional, desbordando el marco estrictamente constitucional. Uno de sus rasgos característicos es el de considerar que la identidad nacional está constituida por valores preexistentes o externos a la Constitución que la misma se limita únicamente a reconocer y garantizar. Se aproxima, así, a una visión iusnaturalista de este concepto, que ha sido especialmente subrayada por el Tribunal Constitucional checo<sup>27</sup>.

Esta interpretación podría, si acaso, encontrar apoyo en las versiones iniciales de la cláusula de identidad nacional, que se caracterizaban por una marcada concisión. Ciertamente, esas primeras formulaciones previas al Tratado Constitucional prácticamente se limitaban a reconocer el debido respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, sin añadir más información al respecto. Esa generalidad e imprecisión podría haber generado dudas respecto del bien jurídico protegido y, por tanto, haberse interpretado que respaldaba una concepción amplia que incluyera aspectos de índole histórica, cultural o social. Sin embargo, no cabe duda de que con los cambios introducidos en la redacción vigente se ha puesto el acento en elementos de naturaleza nítidamente constitucional que, además, limitan el ámbito de aplicación de ese precepto<sup>28</sup>. Expresado en un sentido negativo, la reformada cláusula contiene una amplia enumeración entre cuyos elementos no se hace referencia alguna a los criterios distintivos de la noción histórico-cultural<sup>29</sup>.

---

Hungría se está experimentando una tensión entre «valores inclusivos» -democracia, derechos fundamentales, Estado de Derecho- y «valores exclusivos» -etnia, religión, cultura-, en el que la pujanza de estos últimos está poniendo en jaque al modelo de democracia constitucional. *Vid.* KÖRTVÉLYESI, Z. y MAJTÉNYI, B. (2017), «Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary», *German Law Journal*, núm. 18, vol. 7.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa de 26 de noviembre de 2008, *Lisboa I*, Pl. ÚS 19/08, apartado 93; Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa de 31 de enero de 2012, *Landovà*, Pl. ÚS 5/12, apartado VII. Para un estudio más profundo sobre la configuración de esta categoría jurídica en el ordenamiento checo, *vid.* KOSAŘ, D. y VYHNÁNEK, L. (2019), «Constitutional Identity in Czech Republic: A New Twist on an Old-Fashioned Idea?», en CALLIES, C. y VAN DER SCHYFF, G. (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press.

<sup>28</sup> 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*, núm. 17, p. 504.

<sup>29</sup> Rechazando esta aproximación cultural al concepto de identidad nacional, Simon se ha expresado en términos muy ilustrativos cuando descarta que cualesquiera expresiones nacionales ajena a la Constitución como «la calidad de los productos vitivinícolas, la tauromaquia, las peleas de gallos o la defensa del foie gras» puedan tener cabida en esa categoría jurídica. *Vid.* SIMON, D. (2011), «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union Européenne», en BURGORGUE-LARSEN, L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, p. 43.

### III. IDENTIDAD NACIONAL EN PERSPECTIVA JUDICIAL: JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL Y CONSTITUCIONAL

Una de las circunstancias que hacen de la identidad nacional una figura jurídica tan compleja es que la misma no es un concepto autónomo del ordenamiento jurídico europeo<sup>30</sup>. A mi modo de ver, se trata de una expresión concreta de un fenómeno general de interdependencias entre sistemas jurídicos que ha sido calificado como «metaconstitucionalidad recíproca», es decir, el Derecho de la Unión y el Derecho nacional contienen mandatos implícitos que se proyectan recíprocamente el uno sobre el otro<sup>31</sup>. En otras palabras, es una categoría jurídica compuesta para cuya correcta aplicación es precisa una interpretación simultánea de los ordenamientos jurídicos nacionales y del europeo. Lo deseable es que esa interlocución se produzca entre los máximos órganos jurisdiccionales europeos en un escenario presidido por un diálogo estable, fluido y leal entre tales autoridades judiciales, siendo considerada la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE) el mecanismo procesal por excelencia para canalizar este tipo de litigios. En todo caso, según la doctrina mayoritaria, corresponde en última instancia al Tribunal de Luxemburgo estimar si se ha producido una violación de la identidad nacional y cuáles son los efectos que se derivan de esa constatación<sup>32</sup>.

Estas controversias que suscita la identidad nacional se inscriben en un contexto más amplio concerniente a dos visiones judiciales parcialmente confrontadas y aparentemente inconciliables en relación a los fundamentos del sistema jurídico europeo. Estas dos narrativas se han ido desarrollando a lo largo de las últimas décadas por medio de la intervención sucesiva del Tribunal de Justicia y de los Tribunales Constitucionales nacionales en dos relatos paralelos. Expresado en muy pocas palabras, existe una cierta pugna dialéctica que puede reconducirse sustancialmente a dar respuesta a dos incógnitas: qué norma jurídica —la Constitución nacional o los Tratados constitutivos— ostenta la condición de suprema y qué órgano jurisdiccional —los Tribunales

---

<sup>30</sup> CRUZ VILLALÓN, P. (2020), «Rule of (German) Law?», *Verfassungsblog*.

<sup>31</sup> Respecto de la formulación y desarrollo de la idea de metaconstitucionalidad recíproca, *vid.* CRUZ VILLALÓN, P. (2004), *La Constitución inédita: Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, pp. 73-74. Entre la literatura académica alemana, existe un concepto muy similar que se ha venido a llamar *Permeabilität* (en español, «permeabilidad»). Defendiendo la consideración de la identidad nacional como una categoría jurídica permeable, SCHNETTGER, A. (2019), «Article 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System», en CALLIES, C. y VAN DER SCHYFF, G. (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 12-16.

<sup>32</sup> Conclusiones del AG M. Poiares Maduro de 8 de octubre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, apartado 32; CLAES, M. (2012), «Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity Is It Anyway», en CLAES, M., DE VISSER, M., POPELIER, P. y VAN DE HEYNING, C. (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedure*, Cambridge, Intersentia, p. 221.

Constitucionales o el Tribunal de Justicia— posee la «última palabra» en el espacio judicial europeo<sup>33</sup>.

Este marco teórico general pone de relieve las tensiones interordinamentales en el espacio constitucional europeo, que se expresan con toda nitidez en los conflictos relativos a la identidad nacional. Conviene llevar a cabo una aproximación a la jurisprudencia sobre esta categoría jurídica tanto desde el plano supranacional como nacional debido a su dispar caracterización en cada una de esas esferas judiciales<sup>34</sup>. En particular, se pondrá el énfasis en una incipiente jurisprudencia elaborada por los Tribunales Constitucionales húngaro y polaco por razón de su difícil encaje con el Derecho de la Unión. Para ello, presentaremos previamente una breve panorámica general de esta línea jurisprudencial en otros Estados miembros a fin de apreciar en qué medida se asimila o se separa de otros Tribunales europeos<sup>35</sup>.

### *1. Jurisprudencia supranacional*

Una de las primeras notas que sobresale en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la identidad nacional es su reducido número de fallos, que tan solo empieza a experimentar un cierto despertar a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>36</sup>. Casi treinta años después del ingreso de esta categoría jurídica en el Derecho originario, apenas se cuentan del orden de una docena de sentencias emitidas por parte del Tribunal de Luxemburgo. En opinión de la doctrina mayoritaria, esta escasez de resoluciones se debe a que dicha cláusula únicamente adquiere justiciabilidad a partir de la entrada en vigor de la última reforma de los Tratados,

<sup>33</sup> *Vid.*, por todos, DÍEZ-HOCHLEITNER, J. (2013), «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», *Working Papers Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 17.

<sup>34</sup> Entre otras circunstancias, las diferentes visiones de los Tribunales Constitucionales y del Tribunal de Justicia sobre el concepto objeto de estudio han motivado una distinción doctrinal muy interesante entre «identidad constitucional» e «identidad nacional». Así, la primera sería una noción más amplia que se corresponde estríctamente con los contralímites, mientras que la segunda es aquella a la que se refiere propiamente el artículo 4.2 TUE y presenta un contenido menos extenso. *Vid.*, por todos, ALBANESI, E. (2021), «National identity (under Art. 4(2) TEU) and constitutional identity (as counter-limits) are not the same», en BELOV, M. (ed.), *Peace, Discontent and Constitutional Law: Challenges to Constitutional Order and Democracy*, Nueva York, Routledge.

<sup>35</sup> Excede ampliamente del propósito de este trabajo ofrecer un estudio comparado pormenorizado. A estos efectos, *vid.* CLAES, M. y REESTMAN, J.H. (2015), «The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the *Gauweiler Case*», *German Law Journal*, núm. 16, vol. 4.

<sup>36</sup> Para un análisis en detalle de la jurisprudencia supranacional sobre la identidad nacional, *vid.* BURGORGUE-LARSEN, L. (2013), «A Huron at the Kirchberg Plateau or a Few Naïve Thoughts on Constitutional Identity in the Case-Law of the Judge of the European Union», en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia, 2013; SIMON, D., «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union Européenne», *op.cit.*

coincidiendo con una importante ampliación de la jurisdicción del Tribunal europeo<sup>37</sup>. En todo caso, contamos en estos momentos con un número suficiente de precedentes judiciales para poder valorar la interpretación y la aplicación del artículo 4.2 TUE desde esta instancia judicial.

Esa actividad judicial ha respondido a una aproximación caso por caso en la que se ha pronunciado de manera recurrente sobre ciertos ámbitos temáticos (lengua oficial<sup>38</sup>, nacionalidad<sup>39</sup>, nombre o identidad personal<sup>40</sup> y organización territorial del Estado<sup>41</sup>)<sup>42</sup>. Interviniendo en la mayoría de los casos a instancias de una cuestión prejudicial, planteadas incluso en algunas ocasiones por algunas Cortes Constitucionales, ha resuelto generalmente las causas de acuerdo con un esquema similar. De entrada, el Tribunal de Justicia ha encauzado estas controversias encuadrándolas en un marco ordinario de posibles limitaciones a las libertades fundamentales del mercado interior, respecto del cual existe una consolidada jurisprudencia. En este contexto, la identidad nacional ha sido empleada como una posible excepción cualificada que pueda justificar una restricción de tales libertades, sumándose a otras expresamente reconocidas en los Tratados o desarrolladas por la jurisprudencia. No se concibe en ningún caso como un valor absoluto e imponderable, sino que se ha afirmado reiteradamente su sometimiento a un test de proporcionalidad, siendo aplicado de manera más o menos estricta según los casos.

La línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal de Justicia dista significativamente de la expresada por los Tribunales Constitucionales nacionales y, muy especialmente, de la avanzada por parte de aquellas jurisdicciones constitucionales en favor de una interpretación extensiva de la identidad nacional<sup>43</sup>. Desde el punto de

---

<sup>37</sup> Aun siendo mayoritaria la tesis sobre la justiciabilidad de la cláusula de identidad nacional a partir de la última reforma de los Tratados, existe una parte de la doctrina que sostiene que el Tribunal de Justicia gozaba de jurisdicción sobre dicha materia con anterioridad, *vid. CLOOTS, E., National Identity in EU Law, op.cit.*, pp. 5-6.

<sup>38</sup> STJCE de 28 de noviembre de 1989, *Groener*, C-379/87; STJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09; STJUE de 16 de abril de 2013, *Las*, C-202/11.

<sup>39</sup> STJCE de 2 de julio de 1996, *Comisión c. Luxemburgo*, C-473/93; STJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión c. Luxemburgo*, C-51/08.

<sup>40</sup> STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09; STJUE de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14.

<sup>41</sup> STJUE de 12 de junio de 2014, *Digibet*, C-156/13; STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Remondis*, C-51/15.

<sup>42</sup> Clasificando la jurisprudencia europea en unas temáticas semejantes, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2017), «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, pp. 426-443. Únicamente se ha hecho referencia a ciertos ámbitos normativos respecto de los cuales la jurisprudencia supranacional se ha pronunciado de manera repetida, aunque existen otras sentencias no susceptibles de categorización entre los grupos anteriores y que presentan gran importancia para el estudio de la identidad nacional. *Vid.*, entre otras, STJCE de 1 de marzo de 2012, *O'Brien*, C-393/10; STJUE de 17 de julio de 2014, *Torresi*, asuntos acumulados C-58/13 y C-58/13; STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman*, C-673/16.

<sup>43</sup> Resulta muy clarificadora la distinción operada por Konstadinides, que contrasta el diferente uso judicial de la cláusula de identidad nacional según sea aplicada por la jurisdicción supranacional o nacional. De un lado, califica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como un *shield* o escudo, en-

vista de su significado, en aquellas contadas ocasiones en que ha admitido que ciertos principios constitucionales forman parte de esa noción, todos ellos pueden encajar dentro de la concepción mayoritaria o jurídico-constitucional. Por otra parte, desde el prisma de la operatividad de la cláusula, se aprecia igualmente una visión no coincidente con la expuesta por las jurisdicciones constitucionales. Así, el Tribunal de Luxemburgo no ha avalado en ningún caso una pretendida doctrina de control de identidad nacional en mano de los Tribunales superiores nacionales. Tampoco ha reconocido que ostenten una potestad exclusiva para declarar una vulneración de la identidad nacional, ni mucho menos que una posible transgresión de ese bien jurídico habilite a una declaración de inaplicabilidad del Derecho de la Unión en el ordenamiento nacional concernido. Planteada en esos términos, admitir dicha teoría supondría asumir una modulación sustancial de los principios de primacía, efectividad y uniformidad que iría en clara contradicción con una jurisprudencia consolidada del Tribunal supranacional a lo largo de varias décadas. Por el contrario, la jurisprudencia europea se ha caracterizado por reducir su potencialidad desestabilizadora al mínimo, reconociendo en muy pocas ocasiones una excepción a la aplicación del Derecho europeo con fundamento en tales argumentos de naturaleza constitucional.

## 2. *Jurisprudencia constitucional*

### 2.1. Una visión comparada general

La noción de identidad nacional no es novedosa para los Tribunales Constitucionales domésticos en el contexto de su jurisprudencia sobre las relaciones con la Unión Europea. Sus antecedentes se remontan a la década de los años setenta del siglo pasado con el dictado de la célebre sentencia Solange I en 1974 por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>44</sup>. Este primer pronunciamiento se enmarca en la construcción de la conocida doctrina de los *controlimeti* o contralímites —enunciada apenas unos meses antes por parte de la *Corte costituzionale* italiana en el asunto

---

tendiéndola como una excepción a las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. De otro, asimila el empleo judicial que han hecho los Tribunales Constitucionales como una *sword* o espada, esto es, como un instrumento judicial para controlar la transferencia del ejercicio de competencias a la Unión y la implementación nacional de normas de Derecho derivado. *Vid.* KONSTADINIDES, T. (2011), «Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 13.

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1974, *Solange I*, 2 BvL 52/71, apartado 22: «El artículo 24 de la Constitución se ocupa de la transferencia de derechos soberanos a instituciones interestatales. Esto no puede tomarse en un sentido literal. Como toda disposición constitucional de similar naturaleza fundamental, el artículo 24 de la Constitución debe ser entendido y construido en el contexto general de toda la Constitución. Esto es, no permite una reforma de la estructura básica de la Constitución, que forma parte de su identidad, sin una reforma formal de la Constitución, esto es, no está permitido por medio de la legislación de una institución interestatal». La cursiva es nuestra.

Frontini<sup>45</sup>—, en virtud de la cual se formulan una serie de límites a la integración europea. Inicialmente, estos se concentraron en el ámbito de los derechos fundamentales para ampliarse posteriormente a la esfera de las competencias y, finalmente, incorporar la excepción de la identidad nacional<sup>46</sup>. Este argumento no empezó a tener una mayor presencia en el discurso de los Tribunales superiores nacionales sino hasta aquellas sentencias que examinaron la constitucionalidad del Tratado Constitucional y, ya con especial vigor, con la aprobación del Tratado de Lisboa.

En esa primera etapa uno de los precursores en expresar una opinión sobre la figura objeto de examen fue el Tribunal Constitucional español en la DTC 1/2004. De hecho, la identidad nacional fue precisamente uno de los argumentos argüidos en favor de estimar la constitucionalidad del nuevo tratado. En particular, sostuvo que la misma constituía una de las garantías supranacionales que aseguraba que la interpretación del principio de primacía fuera compatible con el ordenamiento español<sup>47</sup>. En consecuencia, consideró que la intervención constitucional era innecesaria, aunque no descartó —expresándose en términos sumamente hipotéticos («en el caso difícilmente concebible...»)— que pudiera ser procedente en casos muy excepcionales<sup>48</sup>. Del mismo modo, ese pasaje de la sentencia es muy impreciso respecto a la posible reacción constitucional («a través de los procedimientos constitucionales pertinentes») en caso de juzgarse imposible la conciliación entre el Derecho de la Unión y el Derecho español por vía interpretativa. Y, todo ello, sin perjuicio de referir únicamente como recurso último el abandono de España de la Unión, que tiene reconocimiento expreso por primera vez en los Tratados constitutivos a raíz de la malograda Constitución europea (artículo I-60)<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana de 18 de diciembre de 1973, *Frontini*, 183/1973.

<sup>46</sup> Respecto a esta distinción de tres etapas en la jurisprudencia constitucionales sobre los límites a la integración europea, *vid.* KUMM, M. y FERRERES COMELLA, V. (2005), «The primacy clause of the constitutional treaty and the future of the constitutional conflict in the European Union», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, vols. 2-3, pp. 474-476; VAN DE HEYNING, C. (2012), «The European Perspective: From Lingua Franca to A Common Language», en CLAES, M., DE VISSER, M., POPELIER, P. y VAN DE HEYNING, C. (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actor, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, p. 184.

<sup>47</sup> DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 3: «Dichos preceptos, entre otros, vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas (...), que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados».

<sup>48</sup> DTC de 13 de diciembre de 2004, 1/2004, FJ 4 *in fine*.

<sup>49</sup> En opinión de Alonso García, esa colisión entre la Constitución española y la Constitución europea podrá salvarse únicamente a través de la salida de España como Estado miembro de la Unión cuando han resultado previamente infructuosas la interpretación conforme y la reforma de uno u otro de tales textos constitucionales. ALONSO GARCÍA, R. (2005), «Constitución española y Constitución europea: guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, pp. 358-359.

El *Conseil Constitutionnel* francés aludió por primera vez de manera expresa a la identidad nacional en una sentencia correspondiente al año 2006, concibiéndola como un límite a la obligación de transponer una directiva europea en el Derecho doméstico<sup>50</sup>. En cualquier caso, este concepto viene a remplazar una expresión presente en una serie de fallos pronunciados por ese Tribunal un par de años antes en el marco de esos mismos debates sobre la incorporación del Derecho europeo al ordenamiento interno<sup>51</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional francés había afirmado que la transposición de una directiva al Derecho francés es una exigencia de naturaleza constitucional cuyo incumplimiento únicamente puede estar justificado cuando atente contra «una disposición expresa contraria a la Constitución»<sup>52</sup>. Ha existido un importante debate doctrinal sobre el concreto significado de esa expresión, aunque la propia jurisprudencia constitucional ha aclarado que se refiere a aquellos principios específicos del orden constitucional francés que son protegidos en ese sistema jurídico, pero no en el Derecho de la Unión<sup>53</sup>.

Entendida de este modo, el ámbito de aplicación de esta doctrina judicial en el sistema jurídico francés parece ciertamente limitado, de manera que la inaplicación del Derecho de la Unión en Francia únicamente estaría consentida en caso de una transposición de una directiva europea contraria a su identidad nacional. Y, además, a ello habría que añadir los términos restrictivos en que se concibe esa noción, al menos si lo comparamos con la visión de otras jurisdicciones constitucionales<sup>54</sup>.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha tenido oportunidad de elaborar una doctrina judicial en relación a la identidad nacional en el asunto Lisboa, por el que se examinaba la compatibilidad de la última reforma de los Tratados con la *Grundgesetz*. Cabe diferenciar en esta decisión judicial el aspecto sustantivo del procesal o, lo que es lo mismo, la noción de identidad nacional con el modo de pro-

<sup>50</sup> Sentencia del *Conseil Constitutionnel* francés de 27 de julio de 2006, 2006-540 DC, apartado 19: «Considerando, en primer lugar, que la transposición de una directiva no puede ir en contra de una norma o un principio inherentes a la identidad constitucional de Francia, a menos que el constituyente lo haya consentido». Traducción propia.

<sup>51</sup> REESTMAN, J.H. (2009), «The Franco-German Divide: Reflections on National and Constitutional Identity», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, vol. 3, pp. 386-387.

<sup>52</sup> Sentencia del *Conseil Constitutionnel* francés de 10 de junio de 2004, 2004-496 DC, apartado 7.

<sup>53</sup> Sentencia del *Conseil Constitutionnel* francés de 29 de julio de 2004, 2004-498 DC, apartados 4-7. En este mismo sentido apuntan unos comentarios muy autorizados de la sentencia, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 17, p. 29.

<sup>54</sup> Cabe añadir que, en opinión de una parte de la doctrina, ese poder judicial pudiera ser algo más extenso si se interpreta conjuntamente con una doctrina judicial sobre el control constitucional de los tratados que impone respetar «las condiciones esenciales de ejercicio de soberanía». Sentencia del *Conseil Constitutionnel* francés de 20 de diciembre de 2007, 2007-560 DC, apartado 9. REESTMAN, J.H., «The Franco-German Divide: Reflections on National and Constitutional Identity», *op.cit.*, pp. 389-390. Para un mayor desarrollo de la interpretación de ese concepto en el ordenamiento francés, *vid.* MILLET, F.X. (2019), «Constitutional Identity in France: Vice and Above all Virtues», en CALLIES, C. y VAN DER SCHYFF, G. (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press.

tegerla en el ordenamiento nacional alemán. De un lado, el Tribunal de Karlsruhe la asocia a la cláusula de intangibilidad (artículo 79.3 Ley Fundamental de Bonn), que a su vez se remite a los artículos 1 y 20 del texto constitucional<sup>55</sup>. Así pues, estaría constituida por los siguientes principios: dignidad humana, respeto de los derechos humanos, soberanía popular, Estado social y democrático de derecho y Estado federal.

De otro lado, el *Bundesverfassungsgericht* se arroga a sí mismo la potestad exclusiva de controlar si un acto u omisión del Derecho de la Unión transgrede la identidad nacional y, en caso de ser verificada, estará obligado a declarar la inaplicación del Derecho supranacional en el ordenamiento jurídico alemán<sup>56</sup>. En todo caso, modera algo la dureza de esa aseveración, señalando que ejercerá ese poder de supervisión respetando el principio de apertura hacia el Derecho europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*)<sup>57</sup>. Asimismo, se ha interpretado que en posteriores sentencias (*Honeywell*<sup>58</sup> y *Gauweiler*<sup>59</sup>) el Tribunal Constitucional Federal alemán ha acercado el control de identidad nacional a la configuración más restrictiva del control *ultra vires* y, más concretamente, se ha entendido que se autoimpone igualmente la obligación de solicitar una opinión al Tribunal de Justicia antes de declarar una posible violación de su núcleo constitucional básico<sup>60</sup>.

En términos generales, se puede apreciar una cierta convergencia entre las diferentes doctrinas judiciales adoptadas en los distintos Estados miembros en relación al control de identidad nacional. Aun así, pueden advertirse algunas diferencias relevantes que conviene subrayar. Frente a la generalidad e imprecisión de las sentencias dictadas por los Tribunales Constitucionales en España, Francia o Italia, Alemania destaca por una jurisprudencia de mayor recorrido y más detallada en términos sustantivos y procesales. Del mismo modo, las primeras parecen enfatizar más el carácter hipotético o excepcional de esa facultad de supervisión mientras que el Tribunal Constitucional alemán ha adoptado una posición mucho más incisiva. En este sentido, son varias las ocasiones en las que ha amenazado con activar ese poder extraordinario en el marco de litigios específicos en curso, y no ya como meras consideraciones teóricas que escapan del concreto conflicto sobre el que está dilucidando el Tribunal.

---

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009, *Lisboa*, 2 BvE 2/08, apartado 216.

<sup>56</sup> *Ibid.*, apartados 235-241.

<sup>57</sup> *Ibid.*, apartado 240.

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán de 6 de julio de 2010, *Honeywell*, 2 BvR 2661/06.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán de 21 de junio de 2016, *Gauweiler*, 2 BvR 2728/13 2 BvR 2729/13 2 BvR 2730/13 2 BvR 2731/13 2 BvE 13/13.

<sup>60</sup> PAYANDEH, M. (2017), «The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court: Repositioning the Court within the European Constitutional Architecture», *European Constitutional Law Review*, núm. 13, vol. 2, pp. 408-409.

Con todo, no existe por el momento ningún precedente por el que una jurisdicción constitucional haya declarado la vulneración de la identidad nacional<sup>61</sup>.

## 2.2. Primer caso de estudio: la experiencia jurídica húngara

Desde el año 2010, bajo el liderazgo de Viktor Orbán, Hungría se ha embarcado en un proyecto político dirigido a la construcción de un Estado iliberal, que está erosionando seriamente las bases fundamentales de su Estado de Derecho<sup>62</sup>. La nueva Constitución promulgada en el año 2011 ha sido posteriormente objeto de una pluralidad de reformas con el propósito de ahondar en el debilitamiento de su sistema de *checks and balances* interno, siendo el Tribunal Constitucional nacional uno de sus más claros perjudicados<sup>63</sup>. Uno de los argumentos empleados recurrentemente por parte del gobierno húngaro para justificar un incumplimiento del Derecho de la Unión ha sido la invocación de la defensa de la soberanía nacional y, en fechas más recientes, incluso la propia identidad nacional.

A modo de contextualización, la emergencia de la figura de la identidad nacional en el ordenamiento jurídico húngaro tiene como telón de fondo la vehemente oposición del gobierno a las políticas europeas para la redistribución de solicitantes de asilo en el marco de una grave crisis migratoria en el año 2015. El ejecutivo húngaro interpuso una acción de nulidad contra la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo por la que se establecieron medidas provisionales en relación a la reubicación de inmigrantes. En esta misma línea de actuación, el Defensor del pueblo húngaro, considerado leal al gobierno de Orbán<sup>64</sup>, planteó una solicitud de interpretación abstracta de la Carta magna ante el Tribunal Constitucional. Antes de que dicho órgano judicial se pronunciara sobre este contencioso, el gobierno húngaro impulsó la celebración de

<sup>61</sup> Entendida la identidad nacional como una manifestación de una doctrina más general de los *control limits*, sí pueden citarse casos en que esta teoría ha sido puesta en práctica en su vertiente de control *ultra vires*. En este sentido, suelen referirse los asuntos Landtovà, Ajos y, más recientemente, Weiss. *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa de 31 de enero de 2012, *Landtovà*, Pl. ÚS 5/12; Sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 6 de diciembre de 2016, *Ajos*, 15/2014; Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020, *Weiss*, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.

<sup>62</sup> Para una aproximación general sobre la crisis del Estado de Derecho en Hungría, *vid.* VON BOGDANDY, A. y SONNEVEND, P. (2015) (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, Hart.

<sup>63</sup> Entre otras circunstancias, se han restringido significativamente sus poderes de control y se han reformado las normas para el nombramiento de sus magistrados, con el resultado de que en la actualidad todos ellos son leales al gobierno de Orbán. *Vid.* BÁNKUTI, M., HALMAI, G. y SCHEPPELE, K.L. (2012), «From Separation of Powers to a Government without Checks: Hungary's Old and New Constitutions», en TÓTH, G. (ed.), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest, CEU Press.

<sup>64</sup> HALMAI, G. (2018), «Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law», *Review of Central and East European Law*, núm. 43, p. 30.

un referéndum con el propósito de obtener un respaldo a sus políticas antiinmigratorias contrarias al sistema diseñado por la Unión Europea. A la vista de la invalidez del resultado debido a la baja participación (inferior al 50%), el gobierno húngaro promovió una reforma constitucional que le permitiera sortear la infructuosa vía de la consulta popular<sup>65</sup>.

Esta propuesta de modificación de la nueva Constitución, conocida como la Séptima Enmienda, introdujo de manera completamente novedosa la identidad nacional en el texto constitucional para crear una excepción al Derecho de la Unión<sup>66</sup>. Este proyecto de reforma incluía una revisión de su Juramento Nacional o Preambulo, añadiendo una nueva oración para indicar que «Consideramos que la defensa de nuestra identidad constitucional, enraizada en nuestra constitución histórica, es una responsabilidad fundamental del Estado» e, igualmente, se pretendía incorporar un nuevo párrafo cuarto al artículo R que declarase que «Es responsabilidad de toda institución estatal defender la identidad constitucional de Hungría». No habiendo recabado los apoyos parlamentarios suficientes, esta reforma constitucional no llegó a ser aprobada, —si bien dicha figura terminó incorporándose en el texto constitucional en un posterior intento en el año 2018—. No obstante, apenas unas semanas más tarde<sup>67</sup>, el Tribunal Constitucional húngaro dictó un relevante fallo (asunto AB) en respuesta a la solicitud de interpretación de la Constitución planteada por el Defensor del pueblo a que se aludió anteriormente<sup>68</sup>.

El Tribunal Constitucional húngaro tan solo se pronunció sobre algunas de las cuestiones referidas, ocupándose, en esencia, de examinar si las autoridades nacionales están obligadas a implementar una normativa europea aun en el caso de que la misma contravenga derechos fundamentales o incurra en un vicio de extralimitación competencial<sup>69</sup>. Una de las innovaciones más importantes de la sentencia es la

<sup>65</sup> En términos dudosamente imparciales, se formuló a los húngaros la siguiente pregunta en el referéndum de 2 de octubre de 2016: ¿Quiere permitir que la Unión Europea obligue a reubicar a ciudadanos no húngaros en Hungría sin la aprobación de la Asamblea Nacional? El 92% de los votantes optó por el «no», apoyando así la posición gubernamental, aunque la baja participación (41,32%) impidió que tuviera consecuencias jurídicas. *Vid.* HALMAI, G. (2016), «The Invalid Anti-Migrant Referendum in Hungary», *Verfassungsblog*.

<sup>66</sup> Con anterioridad, no existía referencia alguna a la identidad nacional en la Constitución o en cualquier otra norma nacional. Hasta entonces, la única mención a esta idea puede encontrarse en un voto particular del magistrado László Trócsányi en el asunto Lisboa por el que se examinaba la constitucionalidad de la última reforma de los Tratados. Sentencia del Tribunal Constitucional de Hungría de 12 de julio de 2010, *Lisboa*, 143/2010 (VII. 14.).

<sup>67</sup> Esta celeridad en la intervención del Tribunal Constitucional tras el rechazo parlamentario a la reforma constitucional ha sido calificada como sospechosa por la doctrina, añadiendo nuevos indicios sobre la falta de independencia del máximo intérprete de la Constitución con respecto al poder ejecutivo. BAKÓ, B. (2018), «The Zuberlehring Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court's Case Law on Identity-, *Ultra Vires*- and Fundamental Rights Review in Hungary», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 78, vol. 4, p. 868.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Hungría 30 de noviembre de 2016, AB, 22/2016.

<sup>69</sup> *Ibid.*, apartado 29.

creación de una potestad de supervisión judicial del respeto a la identidad nacional, inexistente hasta el momento en la jurisprudencia constitucional. En este punto, conviene separar el análisis de la construcción jurisprudencial de un mecanismo judicial para la defensa de la identidad nacional de la noción de identidad nacional desarrollada por el máximo intérprete de la Constitución.

De un lado, comenzando con la potestad de control de la identidad nacional en manos del Tribunal Constitucional, se trata de una facultad de nueva creación, en términos semejantes a la diseñada por otras Cortes Constitucionales europeas en las que afirma inspirarse<sup>70</sup>. Ahora bien, se aprecia de manera evidente la influencia predominante ejercida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, citando en repetidas ocasiones diversas sentencias dictada por ese órgano judicial a lo largo de todo el fallo. De todos modos, debe señalarse que la doctrina ha criticado muy severamente la falta de rigurosidad a la hora de incorporar la jurisprudencia germana al Derecho doméstico por las evidentes diferencias entre uno y otro ordenamiento jurídico<sup>71</sup>.

El Tribunal afirma, citando expresamente la cláusula de integración europea (artículo E.2), que existen dos posibles límites a la atribución de competencias estatales a la Unión: «el ejercicio conjunto de una competencia no violará la soberanía de Hungría (control de soberanía) y, por otro lado, no comportará una violación de la identidad constitucional (control de identidad)»<sup>72</sup>. Es por ello que resulta borrosa la línea que separa este mecanismo judicial de la identidad nacional del conocido control *ultra vires*, pudiendo interpretarse que se concibe aquel como un ejercicio específico de este último instrumento<sup>73</sup>. En todo caso, es imprescindible referir que el Tribunal Constitucional húngaro se cuida de precisar que concibe este recurso como un mecanismo judicial de *ultima ratio* que será puesto en práctica de manera excepcional, cumpliendo con su obligación de cooperación con la Unión y haciendo hincapié en la importancia del diálogo entre Tribunales<sup>74</sup>.

De otro lado, respecto a la elaboración conceptual de la identidad nacional, se dispone en esta sentencia que:

«El Tribunal Constitucional de Hungría interpreta el concepto de identidad constitucional como la identidad propia de Hungría y despliega el contenido de este

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, apartados 33-34.

<sup>71</sup> BAKÓ, B., «The Zauberlehrling Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court's Case Law on Identity-, *Ultra Vires*- and Fundamental Rights Review in Hungary», *op.cit.*, pp. 877-896.

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Hungría de 30 de noviembre de 2016, *AB*, 22/2016, apartado 54.

<sup>73</sup> BAKÓ, B., «The Zauberlehrling Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court's Case Law on Identity-, *Ultra Vires*- and Fundamental Rights Review in Hungary», *op.cit.*, pp. 873-874.

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Hungría de 30 de noviembre de 2016, *AB*, 22/2016, apartado 46.

concepto caso por caso, sobre la base de toda la Ley Fundamental y de determinadas disposiciones de la misma, de acuerdo con el Juramento Nacional y los logros de nuestra constitución histórica como exige el Art. R) (3) de la Ley Fundamental»<sup>75</sup>.

Añade, con carácter no exhaustivo, que la identidad nacional húngara está conformada por las libertades fundamentales, el principio de separación de poderes, la forma republicana, el respeto a los organismos públicos autónomos, la libertad religiosa, el principio de legalidad, el parlamentarismo, la igualdad, el respeto al poder judicial y la protección de las minorías étnicas<sup>76</sup>. Nada que objetar en este punto respecto de principios propios de una democracia liberal compartidos con cualquier otro Estado miembro. Sin embargo, esta enumeración se completa con la mención al respeto de la historia, la lengua y la cultura húngara y, no menos importante, con una declaración de que la identidad nacional es un valor fundamental que no ha sido creado por la Ley Fundamental, sino únicamente reconocido en ella<sup>77</sup>.

Esta sentencia ha merecido duras críticas por parte de la doctrina, dirigidas tanto al sentido de la nueva doctrina judicial como a la técnica jurídica empleada. De entrada, esta decisión ha sido considerada como un ejemplo ilustrativo de la progresiva pérdida de independencia del Tribunal Constitucional, que interviene en este caso para compensar la fallida reforma constitucional auspiciada por el gobierno húngaro<sup>78</sup>. En clara oposición a este pronunciamiento, se ha advertido acertadamente que la noción de identidad nacional elaborada es «tan vaga que puede considerarse como un intento de conceder una excepción de tipo carta blanca al poder ejecutivo y legislativo frente a las obligaciones húngaras derivadas del Derecho de la Unión»<sup>79</sup>. Efectivamente, la Corte Constitucional húngara se suma al grupo de Estados miembros que se han adherido a una concepción histórico-cultural de esta figura jurídica, dando pie a una interpretación y aplicación potencialmente disonante con el Derecho supranacional. En definitiva, parece tratarse de un indisoluble intento por elaborar una doctrina judicial *ad hoc* que permita amparar futuros incumplimientos del Derecho europeo mediante un claro abuso de la categoría de la identidad nacional<sup>80</sup>. A estos

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, apartado 64. Traducción propia.

<sup>76</sup> *Ibid.*, apartado 65.

<sup>77</sup> *Ibid.*, apartados 66-67.

<sup>78</sup> KÖRTVÉLYESI, Z. y MAJTÉNYI, B., «Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary», *op.cit.*, p. 1742.

<sup>79</sup> KOCHENOV, D. y BÁRD, P. (2018), «Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU. The Pitfalls of Overemphasising Enforcement», *Reconnect*, Working Paper núm. 1, p. 12.

<sup>80</sup> Respecto a la idea de abuso de la figura de la identidad nacional, *vid.* HALMAI, G., «Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law», *op.cit.*, p. 42. En una línea semejante, señalando que esta decisión «crea un punto de referencia para futuras desviaciones» de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, KÖRTVÉLYESI, Z. y MAJTÉNYI, B., «Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary», *op.cit.*, p. 1742.

efectos, se apoya en una interpretación intencionadamente desviada y nada rigurosa de la jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales europeos y, en especial, de la desarrollada por parte del Tribunal de Karlsruhe.

### 2.3. Segundo caso de estudio: la experiencia jurídica polaca

Ciertos paralelismos entre Hungría y Polonia hacen inevitable un último análisis nacional dedicado a este Estado miembro. Al margen de diversos rasgos compartidos que son ampliamente conocidos, conviene poner el acento en estos momentos en la idea de que ambos Estados de Europa del Este han experimentado una preocupante deriva iliberal en el último decenio. En estas circunstancias, es oportuno analizar cómo se ha configurado jurídicamente la identidad nacional en Polonia en el contexto de la integración europea y, sobre todo, el papel que la misma haya podido tener en el marco de esta grave crisis constitucional<sup>81</sup>.

Una primera nota distintiva es la peculiar recepción del principio de primacía europeo en el ordenamiento nacional<sup>82</sup>. Con ocasión del examen de constitucionalidad del Tratado de Adhesión (2004), el Tribunal Constitucional polaco ha afirmado sin ambigüedades la preeminencia de la Constitución nacional sobre el Derecho de la Unión<sup>83</sup>. Se trata, por tanto, de una aceptación condicionada del principio de primacía, cuyo ámbito de aplicación se extiende a la legislación ordinaria, pero no alcanza al texto constitucional, que es concebido como la norma suprema del ordenamiento doméstico (artículo 8.1 Constitución polaca)<sup>84</sup>. Es cierto que, con apenas algunas excepciones, la mayoría de las jurisdicciones constitucionales no han aceptado la concepción de la primacía en los términos casi absolutos defendidos por el Tribunal de Luxemburgo<sup>85</sup>. Sin embargo, el Tribunal polaco restringe considerablemente el

<sup>81</sup> Para un reciente y completo análisis en relación a las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia contra Polonia sobre la falta de independencia judicial, *vid.* MAGALDI, N. (2020), «Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial. A propósito de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, Miasto Łowicz y otros, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 52; RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2020), «A vueltas con la pulsión federal de la Carta: la tutela de derechos fundamentales en fallos por incumplimiento», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 76.

<sup>82</sup> CRAIG, P. y DE BÚRCA, G. (2020), *EU Law: Text, Cases and Materials*, 7<sup>a</sup> edición, Oxford, Oxford University Press, pp. 349-352.

<sup>83</sup> RIDEAU, J. (2013), «The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the «German Model»», en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia, pp. 250-251.

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 11 de mayo de 2005, *Tratado de Adhesión*, K 18/04, apartado 11.

<sup>85</sup> Entre tales excepciones, pueden citarse, aun existiendo diferencias entre ellos, los casos de Chipre, Estonia, Irlanda y los Países Bajos, CLAES, M. (2015), «The Primacy of EU Law in European and National Law», en CHALMERS, D. y ARNULL, A., *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, pp. 193-195.

alcance de ese principio más allá del estrecho reducto constitucional delimitado por algunos de sus homólogos europeos. Así pues, en el asunto Tratado de Adhesión anteriormente referido se dispuso que en caso de un conflicto entre la Constitución nacional y una norma de Derecho supranacional, que fuera irreconducible por la vía interpretativa, no puede en ningún caso imponerse el desplazamiento de la Carta magna polaca y la aplicación de la norma europea<sup>86</sup>.

En otro orden de cosas, esa misma resolución judicial atribuyó al Tribunal Constitucional polaco la facultad para llevar a cabo un control *ultra vires* en línea con la jurisprudencia de otras Cortes Constitucionales, si bien estimó improcedente ejercitártalo en este caso<sup>87</sup>. Una mayor elaboración sobre el ejercicio de esa potestad judicial fue desarrollada por ese mismo Tribunal en el asunto Lisboa, que será examinado seguidamente. En todo caso, no está demás precisar que no fue hasta el año 2011 cuando el Tribunal Constitucional polaco lo activó por primera vez en un asunto en el que se enjuiciaba la compatibilidad de una norma de Derecho secundario con el derecho fundamental a un proceso justo<sup>88</sup>.

En ausencia de su previsión en el texto constitucional<sup>89</sup>, la expresión «identidad constitucional» es empleada por primera vez en el asunto Lisboa, que fue dictado por el Tribunal Constitucional polaco en el año 2010<sup>90</sup>. Este pronunciamiento tiene por objeto examinar la conformidad de ciertas disposiciones contenidas en la última reforma de los Tratados con la Constitución polaca, especialmente con su artículo 90. Este precepto regula la transferencia de competencias estatales a organizaciones internacionales, previéndose en la propia norma de forma imprecisa y con una voluntad limitativa que esa delegación únicamente podrá afectar a «ciertos asuntos». En opinión del Tribunal Constitucional, debe interpretarse que esa disposición prohíbe «atribuir todas las competencias de un determinado órgano estatal, atribuir competencias en relación a todas las cuestiones de un determinado ámbito y atribuir las competencias en relación a la esencia de las asuntos que determinan el cometido de cualquier órgano estatal»<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 11 de mayo de 2005, *Tratado de Adhesión*, K 18/04, apartado 13. De todos modos, las consecuencias de ese fallo fueron mitigadas en virtud de la decisión de suspender los efectos de la inconstitucionalidad de esas disposiciones declaradas contrarias a la Constitución por un periodo de 18 meses. Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 27 de abril de 2005, *Orden europea de detención*, P 1/05. *Vid.* RIDEAU, J., «The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the «German Model»», *op.cit.*, pp. 251-252.

<sup>87</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 11 de mayo de 2005, *Tratado de Adhesión*, K 18/04, apartado 15.

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 16 de noviembre de 2011, SK 45/09.

<sup>89</sup> ŚLEDZIŃSKA-SIMON, A. y ZIÓŁKOWSKI, M. (2019), «Constitutional Identity in Poland: Is the Emperor Putting On the Old Clothes of Sovereignty?», en CALLIES, C. y VAN DER SCHYFF, G. (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 246.

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 24 de noviembre de 2010, *Lisboa*, K 32/09.

<sup>91</sup> *Ibid.*, apartado 2.1.

Expresado en términos más sencillos, Polonia sigue ostentando la *Kompetenz-Kompetenz* y está obligada a controlar que la delegación de competencias estatales a la Unión Europea no ponga en cuestión su condición de Estado soberano.

El Tribunal Constitucional polaco elabora la categoría de la identidad constitucional como un límite expreso a la transferencia de competencias estatales a la Unión. Aun reconociendo las dificultades para elaborar un catálogo de competencias inalienables, la jurisdicción constitucional menciona las siguientes: «la dignidad humana y los derechos constitucionales, el principio de estatalidad, el principio democrático, el Estado de Derecho, el principio de justicia social, el principio de subsidiariedad, así como la prohibición de transferencia del poder de reforma constitucional y la competencia para determinar las competencias»<sup>92</sup>. El artículo 90 de la Constitución polaca se erige, por tanto, como garantía de la identidad constitucional, que no se agota tras una aplicación, sino que puede aplicarse en futuras ocasiones con motivos de posteriores reformas de los Tratados.

Para terminar con el examen de este pronunciamiento, se dispone que la identidad constitucional polaca se corresponde con el concepto de identidad nacional consagrado en el artículo 4.2 TUE. En este sentido, se afirma que Polonia y la Unión Europea comparten unos mismos valores y un mismo propósito, lo cual aparece confirmado por la mutua adherencia a una serie de principios compartidos. Además, el Tribunal Constitucional polaco precisa, sin entrar en detalles, que el concepto de identidad constitucional incorpora el respeto a la historia, tradiciones y cultura nacional, siendo todo ello amparado por el artículo 4.2 TUE<sup>93</sup>.

La identidad nacional es aún una categoría jurídica inmadura en el ordenamiento jurídico polaco. Tan solo hace acto de aparición en el concreto contexto de la integración europea, integrándose en el examen de control *ultra vires* en manos de la jurisdicción constitucional como un límite inderogable frente a una transferencia de competencias estatales<sup>94</sup>. Para legitimar esta posición<sup>95</sup>, se apoya en la jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales europeos —especialmente, en el *Conseil Constitutionnel* francés y en el *Bundesverfassungsgericht*—, poniendo de relieve que no es la única autoridad judicial europea que ha construido un mecanismo de control semejante del Derecho de la Unión<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> *Idem*.

<sup>93</sup> *Ibid.*, apartado 2.2. *Vid.* SHAELOU, S.L. (2011), «“Nous les peuples”. L’identité constitutionnelle dans les jurisprudences constitutionnelles tchèque, lettone et polonaise», en BURGORGUE-LARSEN, L. (dir.), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, París, Pedone, París, p. 146.

<sup>94</sup> *Ibid.*, pp. 147-148.

<sup>95</sup> KOWALIK-BAŃCZYK, K. (2012), «Sending Smoke Signals to Luxembourg - The Polish Constitutional Tribunal in Dialogue with the ECJ», en CLAES, M., DE VISSER, M., POPELIER, P. y VAN DE HEYNING, C., (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, Cambridge, p. 282.

<sup>96</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 24 de noviembre de 2010, *Lisboa*, K 32/09, apartado 3.

Con posterioridad al asunto Lisboa, no se han conocido otros conflictos judiciales en los que haya sido invocada esta figura por parte de la jurisdicción constitucional polaca. Ni siquiera con ocasión de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional polaco K 3/21 en virtud de la cual dicho órgano judicial cuestionaba abiertamente la aplicación del principio de primacía en el ordenamiento interno se ha experimentado un ulterior desarrollo de esta categoría en el Derecho nacional<sup>97</sup>. Otra cuestión distinta es que la misma haya sido aducida en numerosas ocasiones tanto en el plano político como judicial ante el Tribunal de Luxemburgo<sup>98</sup>. No es difícil apreciar en este punto una estrategia política y judicial compartida con sus homólogos húngaros, que se ha recrudecido significativamente en los últimos años a resultas de una preocupante escalada iliberal en ambos Estados miembros.

#### IV. LOS VALORES FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN: UN LÍMITE ABSOLUTO A LA CLÁUSULA DE IDENTIDAD NACIONAL

La cláusula de identidad nacional no puede ser concebida como una excepción incondicional a la validez o a la aplicación del Derecho de la Unión, siendo esta la interpretación generalizada de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>99</sup>. Más bien al contrario, existe una incipiente literatura académica que coincide en señalar un límite absoluto frente a su posible alegación: el respeto a los valores fundamentales de la Unión (artículo 2 TUE)<sup>100</sup>. De este modo, se ha defendido por una parte de la doctrina, en unos términos ciertamente sugerentes, que tales valores

---

<sup>97</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 7 de octubre de 2021, K 3/21.

<sup>98</sup> Con carácter meramente ejemplificativo, baste referir la defensa de la identidad nacional alegada por parte del primer ministro Morawiecki en un discurso de naturaleza política con motivo de la inminente resolución de una cuestión prejudicial en la que se examinaba la independencia del Consejo Nacional del Poder Judicial. Esta posición, sin embargo, no fue refrendada por el Tribunal Constitucional nacional que rechazó que el nuevo sistema de elección de sus integrantes formara parte de la tradición jurídica nacional. *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 25 de marzo de 2019, K 12/18.

<sup>99</sup> En este punto, resultan particularmente claras (y explícitas) las opiniones de los exabogados generales Poiares Maduro y Cruz Villalón en los asuntos Michaniki y Gauweiler, respectivamente. *Vid.* Conclusiones del AG M. Poiares Maduro de 8 de octubre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, apartado 33; Conclusiones del AG P. Cruz Villalón de 14 de enero de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, apartado 59.

<sup>100</sup> DI FEDERICO, G. (2019), «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali», *Quaderni costituzionali*, núm. 39, vol. 2, pp. 430-431; MILLET, F.X., (2018), «Plaidoyer l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de Justice», *Quaderni costituzionali*, núm. 38, vol. 4, pp. 846-847. En la doctrina española, Sarrión Esteve coincide en que el principio de la identidad nacional «debe tener también sus propios límites». Así pues, señala que dicho principio debe ajustarse a una serie de «mínimos constitucionales compartidos», entre los que cita de manera ejemplificativa a los siguientes: democracia, el Estado de Derecho o los derechos fundamentales y sus garantías. SARRIÓN ESTEVE, J. (2020), «El retorno de los límites constitucionales a la primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la constitución alemana», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 34.

darían forma a una identidad europea que actuaría como una suerte de contralímites supranacionales frente a una pretendida invocación irrestricta de la identidad nacional<sup>101</sup>. En otras palabras, sostienen que el Tribunal de Luxemburgo no admitirá una inaplicación del Derecho de la Unión con fundamento en una supuesta violación de la identidad nacional en aquellos casos en que la misma comporte una contravención de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico europeo. En todo caso, debe prevenirse que se trata de una opinión doctrinal que por el momento no ha sido corroborada de manera expresa por el Tribunal de Justicia.

La anteriormente aludida idea de una identidad supranacional no es nueva en los debates sobre la integración europea, siendo común identificar como su primer precedente la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de 1973<sup>102</sup>. Este documento contiene un ejercicio de reflexión encaminado a determinar esa noción, tanto a fines internos como externos, con base en los valores comunes de los Estados miembros. de ahí que se haya afirmado que la identidad europea entonces delimitada era algo así como el «común denominador de los valores nacionales»<sup>103</sup>. Se ha advertido una continuidad de estas discusiones en el establecimiento de los conocidos criterios de Copenhague, que fijaron los requisitos exigibles a los Estados europeos que quisieran adherirse al proyecto común<sup>104</sup>. Estos fueron posteriormente completados en el Consejo Europeo de Madrid de 1995 y han sido integrados en los Tratados en el artículo 49 TUE, previéndose una remisión a los valores del sistema jurídico europeo. Estos debates fueron retomados con mayor profundidad por la doctrina con ocasión de las discusiones del Tratado Constitucional en relación a las posibilidades que esa nueva reforma entraña de cara a forjar una identidad colectiva en Europa, asimilable a la tradicionalmente atribuida en el ámbito nacional<sup>105</sup>.

Este breve recorrido cronológico viene a apoyar una visión compartida entre los autores que recientemente han investigado esta cuestión, según la cual la identi-

<sup>101</sup> ROSSI, L.S. (2018), «2, 4, 6 (TUE)...l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE», en ADAM, R., CANNIZZARO, V. y CODINANZI, M. (eds.), *Liber Amicorum in Onore Di Antonio Tizzano: De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le Long Parcours de la Justice Européenne*, Turín, Giappichelli, pp. 869-870.

<sup>102</sup> Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno sobre la identidad europea de 14 de diciembre de 1973. *Vid. Bulletin des Communautés européennes*, diciembre 1973, núm. 12, pp. 126-130.

<sup>103</sup> BENOÎT-ROHMER, F. (2010), «Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit?» en AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué: Chemins d'Europe*, París, Pedone, 2010, pp. 66-67.

<sup>104</sup> Consejo Europeo celebrado en Copenhague los días 21 y 22 de junio de 1993. Respecto de la relación de tales criterios con la conformación de una identidad europea, *vid. CONSTANTINESCO*, V. (2010), «La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction? Contrepoin ou hiérarchie?», en AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne: union de droit, unions des droits*, París, Pedone, pp. 80-82.

<sup>105</sup> *Vid. SARDUSKI*, W. (2006), «European Constitutional Identity?», *EUI Working Papers*, núm. 33; VON BOGDANDY, A. (2004), «Constitución europea e identidad europea. Potencialidades y peligros del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72.

dad europea estaría constituida primordialmente por los valores fundamentales de la Unión reconocidos actualmente en el artículo 2 TUE<sup>106</sup>. En esta misma línea parece apuntar el Tribunal de Justicia en el asunto Kadi por el que se declara la existencia de una serie de principios que constituyen las bases normativas esenciales del Derecho supranacional que en ningún caso pueden ser transgredidas, ya sea con origen en el Derecho nacional o en el Derecho internacional, con especial énfasis en esta sentencia a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales<sup>107</sup>.

Conviene retomar la idea fundamental sostenida por esta corriente doctrinal según la cual los valores de la Unión actúan como un límite absoluto al deber de la Unión de respetar la identidad nacional de los Estados miembros. Es preciso un ejercicio de reflexión dirigido a exponer y desarrollar las razones en que se apoya aquella afirmación. Con este propósito, podrían identificarse tres argumentos principales: histórico, sistemático y relativo al papel de los valores en el sistema de fuentes.

Para empezar, una primera muestra de esa «interdependencia» entre la identidad nacional y la valores de la Unión se puede constatar si nos remontamos a la redacción original de la cláusula identitaria (artículo F del Tratado de Maastricht), puesto que ambos principios aparecen recogidos en esa misma disposición<sup>108</sup>. Asimismo, como se ha apuntado previamente, la vigente cláusula de identidad nacional es en gran medida fruto de los trabajos preparatorios de la Convención europea en la que se fraguó el Tratado Constitucional. Es así que los mismos suponen una fuente de conocimiento especialmente valiosa para conocer cuál fue la voluntad de los autores a la hora de incorporar aquella disposición en los Tratados. Una lectura de esos documentos permite comprobar que los miembros del Grupo de Trabajo V descartaron expresamente que aquella norma fuera configurada como una *derogation clause*, esto es, como una excepción a la aplicación de cualesquiera disposiciones de los Tratados<sup>109</sup>.

En segundo lugar, a este mismo resultado conduce una lectura sistemática de los Tratados. El respeto a la identidad nacional de los Estados miembros es un deber de la Unión que debe conciliarse con otros imperativos convencionales que recaen igualmente sobre ella, como es, entre otros, el cumplimiento de los valores fundamentales. Otro de ellos, relevante a estos efectos, es el deber de cooperación leal (art. 4.3 TUE), que, si bien incorpora una obligación recíproca entre la Unión y los Estados miembros, se caracteriza por una notable asimetría en virtud de la cual impone una especial carga a los Estados europeos de contribuir al funcionamiento de la misión del proyecto común y de abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la

<sup>106</sup> ROSSI, L.S., «2, 4, 6 (TUE)...l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE», *op.cit.*, p. 869.

<sup>107</sup> STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, C-402/05 P y C-415/05, apartados 282 y 304.

<sup>108</sup> FARAGUNA, P. (2021), «On the Identity Clause and Its Abuses: “Back to the Treaty”», *European Public Law*, núm. 27, vol. 3, p. 444.

<sup>109</sup> CONV 375/1/02 REV 1, p. 11: «A este último respecto, se observó que esta disposición no era una *derogation clause*. Los Estados miembros seguirán obligados a respetar las disposiciones de los Tratados».

consecución de sus objetivos<sup>110</sup>. No debe olvidarse que se trata de una obligación que se impone a todas las autoridades nacionales y, por ende, también a los Tribunales Constitucionales, que deben interpretar la identidad nacional también de conformidad con esos cometidos.

En tercer y último lugar, hay algunos trabajos doctrinales que han situado a los valores del artículo 2 TUE en la cúspide del orden jerárquico de fuentes del Derecho de la Unión, incluso por encima del Derecho primario<sup>111</sup>. Sea o no asumida esta postura, de lo que no cabe dudar es de su importancia capital en el sistema jurídico europeo. Baste pensar que los mismos se establecen como un requisito de entrada a nuevos integrantes al proyecto común (artículo 49 TUE) e, incluso, se contemplan gravísimas sanciones en el ordenamiento jurídico europeo en caso de que los mismos sean transgredidos (artículo 7 TUE)<sup>112</sup>. Para terminar, y ahondando en la idea de unos principios fundamentales del ordenamiento jurídico europeo que conforman el núcleo constitucional indisponible de la Unión Europea<sup>113</sup>, cabe añadir que, de acuerdo con estos autores, esos valores suponen un límite sustantivo frente a la reforma de los Tratados constitutivos<sup>114</sup>.

## V. CONCLUSIONES

A la luz de todas las reflexiones hasta aquí expuestas, pueden apreciarse diversas narrativas en relación a la interpretación y aplicación de la identidad nacional por parte de las máximas autoridades judiciales en el espacio europeo. En rigor, no puede

---

<sup>110</sup> SKOURIS, V., «L'identité nationale: qui détermine son contenu et selon quels critères?», *op.cit.*, pp. 914-915.

<sup>111</sup> ROSAS, A. y ARMATI, L. (2010), *EU Constitutional Law: An Introduction*, Oxford, Hart, pp. 42-44.

<sup>112</sup> Ambos argumentos son repetidamente aducidos por la doctrina para destacar el carácter primordial de los valores enunciados en el artículo 2 TUE en el ordenamiento de la Unión en tanto que límite absoluto a la aplicación de la cláusula de la identidad nacional. En este sentido, Di Federico considera «inconcebible», e incluso «paradójico», una concepción maximalista de la identidad nacional que admite una contravención de los valores de la Unión. DI FEDERICO, G. (2019), «The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards», *European Public Law*, núm. 25, vol. 3, p. 365.

<sup>113</sup> Empleando el término «núcleo constitucional de la Unión Europea» y afirmado que el mismo es proclamado en el asunto Kadi, *vid.* SARMIENTO, D. (2013), «The EU's Constitutional Core», en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia.

<sup>114</sup> *Vid.* DA CRUZ VILAÇA, J.L. y PIÇARRA, N. (1993), «Y a-t-il des limites matérielles à la révision des Traités instituant les Communautés Européennes?», *Cahiers de droit européen*, núm. 39, vol. 3; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y DONAIRE VILLA, F.J., *La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales: garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 260-261.

hablarse simplemente de dos visiones no completamente coincidentes, sostenidas por los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia, respectivamente. En particular, debe advertirse acerca de una reciente y preocupante construcción jurisprudencial elaborada por algunas jurisdicciones constitucionales que persiguen modelar esa categoría como un instrumento de resistencia nacional imponderable frente a la acción del Derecho de la Unión.

Hungría y Polonia representan dos excelentes ejemplos a la hora de analizar esta tendencia apenas apuntada. Sus Tribunales Constitucionales han configurado una noción de la identidad nacional impregnada de valores excluyentes, que hacen de la misma una figura amplísima, de contornos imprecisos y, sobre todo, difícilmente conciliable con el Derecho supranacional. Aun compartiendo ciertos rasgos comunes, como son la influencia de jurisprudencia alemana y la adhesión a la corriente histórico-cultural de la identidad nacional que está emergiendo en algunos países de Europa oriental, puede apreciarse que aquella categoría ha tenido una relevancia jurídica desigual en el contexto de la deriva iliberal experimentada en ambos Estados miembros. A diferencia del caso polaco, en el que la misma ha jugado un papel relativamente menor, en la experiencia húngara la identidad nacional ha presentado un mayor protagonismo. En este sentido, se ha terminado por incorporar al propio texto constitucional e, incluso, ha intervenido la Corte Constitucional para compensar la inicialmente malograda modificación constitucional del ejecutivo de Orbán mediante la creación jurisprudencial de un novedoso control de identidad nacional.

A los efectos de contrarrestar aquellas tesis judiciales que sostienen una visión histórico-cultural de la identidad nacional, se propone una defensa de una noción jurídico-constitucional. Esta encuentra su fundamento en una interpretación histórica, literal y sistemática de los Tratados, así como una actitud de lealtad y de compromiso por parte de las autoridades nacionales con los principios más elementales del acervo comunitario. En este sentido, la doctrina ha identificado a los valores fundamentales de la Unión (artículo 2 TUE) como un límite absoluto al deber de respetar la identidad nacional de los Estados miembros. En definitiva, estas consideraciones pretender poner en cuestión los discursos soberanistas esbozados por aquellos Estados miembros recalcitrantes en su inobservancia de los valores fundamentales de la Unión, los cuales han recurrido en los últimos años a una reconstrucción de la identidad nacional que es abiertamente contraria al Derecho de la Unión. Y todo ello, no puede ignorarse, es una manifestación más de una estrategia política y jurídica más amplia dirigida a consolidar un modelo de democracia iliberal en Estados miembros que están sufriendo una seria y duradera crisis del Estado de Derecho.

**Title:**

National identity and EU values: Limits to an extensive interpretation of article 4(2) TEU

**Summary:**

I. INTRODUCTION. II. BRIEF HISTORICAL BACKGROUND AND NOTION OF NATIONAL IDENTITY. 1. Origins and evolution of the national identity clause in European Union law. 2. Notion of national identity: two opposing doctrinal trends. 2.1. Constitutional notion. 2.2. Historical and cultural notion. III. NATIONAL IDENTITY FROM A JUDICIAL PERSPECTIVE: SUPRANATIONAL AND CONSTITUTIONAL CASE LAW. 1. Supranational case law. 2. Constitutional case law. 2.1. A general comparative overview. 2.2. First case study: the Hungarian legal experience. 2.3. Second case study: the Polish legal experience. IV. EUROPEAN UNION FUNDAMENTAL VALUES: AN ABSOLUTE LIMIT TO THE NATIONAL IDENTITY CLAUSE. V. CONCLUSIONS.

**Resumen:**

La identidad nacional es una categoría jurídica del Derecho de la Unión Europea que está siendo objeto de una controvertida interpretación en clave soberanista por parte de algunos líderes políticos, así como por ciertos Tribunales Constitucionales nacionales en los últimos años. Asistimos a una reciente corriente jurisprudencial en consonancia con el auge de movimientos políticos de impronta autocrática y populista que defienden un modelo de democracia iliberal en nuestro continente, particularmente en Hungría y Polonia. Así pues, se sostiene una concepción extensiva de la identidad nacional que pretende articularse como un mecanismo de resistencia nacional de carácter absoluto e imponderable frente a la acción del Derecho de Unión. En estas circunstancias, este artículo aspira a analizar críticamente esta jurisprudencia nacional, que presenta serias dudas de compatibilidad con una interpretación histórica, literal y sistemática de los Tratados y, especialmente, con los valores de la Unión Europea. A estos efectos, se abordará un estudio de los orígenes y de la evolución histórica de esta disposición, una categorización de la noción de identidad nacional, un análisis jurisprudencial nacional y supranacional, y el concepto de identidad europea con el propósito de poner en tela de juicio la desviada construcción jurisprudencial auspiciada por algunos Tribunales Constitucionales nacionales de Europa del este.

**Abstract:**

National identity is a legal category of European Union law which is being controversially interpreted in a sovereigntist vein by some political leaders as well as by certain national Constitutional Courts in recent years. We are witnessing a recent judicial trend in line with the rise of auto-

cratic and populist political movements which defend a model of illiberal democracy in our continent, particularly in Hungary and Poland. It is therefore held an extensive conception of national identity seeking to articulate an absolute and imponderable mechanism of national resistance to the action of European Union law. Under these circumstances, this article aims to critically analyse this national jurisprudence, which raises serious doubts of compatibility with a historical, literal and systematic interpretation of the Treaties, especially with the values of the European Union. To this end, a study of the origins and historical evolution of this provision, a categorisation of the notion of national identity, a national and supranational jurisprudential analysis, and the concept of European identity will be addressed in order to question the deflected jurisprudential construction promoted by some national Constitutional Courts from Eastern Europe.

**Palabras clave:**

Identidad nacional. valores de la Unión Europea. crisis del Estado de Derecho. democracia iliberal.

**Keywords:**

National identity. European Union values. rule of law crisis. illiberal democracy.

