

Configuración del estatuto internacional del Estado en la Unión Europea: el respeto a la identidad nacional

Araceli MANGAS MARTÍN

Resumen: El reforzamiento del principio de identidad nacional expresa un claro sentido del control intergubernamental de la integración, aunque también supone cierta compensación a la extensión y profundización de las competencias de la UE. La definición extensa del principio y su ubicación en el art. 4 TUE, junto a los principios de igualdad y de cooperación leal, predeterminan más que principios que rigen las relaciones entre la Unión y sus Estados miembros la configuración nítida de un estatuto internacional del Estado, de un estatuto de los derechos fundamentales de los Estados miembros en el seno de la Unión. Las estructuras y opciones constitucionales básicas deben ser respetadas por el proceso político de la integración de modo que las peculiaridades fundamentales (tipo, forma, caracteres del Estado, peculiaridades lingüísticas, nacionalidad, etc.) sean tenidas en cuenta o encontrar parámetros de proporcionalidad entre aquellas y los desarrollos normativos de la integración. En ese justo equilibrio, esas peculiaridades no pueden ser una coartada para no respetar las obligaciones adquiridas. El principio de indiferencia o neutralidad respecto de la organización de los poderes públicos nacionales no debe ser entendido como un irrestricto principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados pues el Derecho de la Unión penetra y condiciona todo el tejido jurídico, económico y social de sus Estados miembros. El Estado dispone libremente de su territorio y provee bajo su responsabilidad a su defensa; pero la seguridad no supone una reserva general que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública. En definitiva, el orden comunitario jamás será un impedimento para que en los casos necesarios el Estado recurra a todos los medios jurídicos que permite el Estado de Derecho para su autoconservación y para decidir libremente sobre su convivencia en paz y su futuro. El Tribunal de Justicia ya ha resuelto un buen número de casos en los que se alegaba respeto a la identidad nacional frente a normas europeas o se reclamaban excepciones a las obligaciones comunitarias basadas en la seguridad nacional.

Palabras clave: IDENTIDAD NACIONAL – INTEGRIDAD TERRITORIAL – SEGURIDAD INTERNA Y EXTERNA – ESTRUCTURAS CONSTITUCIONALES Y REGIONALES.

Abstract: *The reinforcement of the principle of national identity expresses a clear sense of intergovernmental control on integration, although this implies a certain compensation for the extension and depth of EU competences. The wide definition of this principle and its place in Art. 4 TEU, together with the principles of equality and loyal cooperation, predetermine, more than principles that govern relations between the European Union and its member states, the tight configuration of an international statute of the State, of a statute on fundamental rights of the member States within the European Union. The basic constitutional structures and options have to be respected through the integration process so that the fundamental differences (type, form, nature of the State, linguistic differences, nationality, etc.) or parameters of proportionality found among them and policy development on integration are kept in mind. In this fair balance, these differences cannot be an excuse to not respect the obligations undertaken. The principle of indifference or neutrality with respect to the organization of national public authorities should not be understood as an unrestricted principle of non-interference in the internal*

affairs of the States since European Union Law pervades and conditions the legal, economic and social fabric of its member States. The State freely disposes of its territory and provides defense; but security does not imply a general reserve which excludes from the scope of the application of European Law any measure adopted for reasons of national security. In short, an EU mandate will never be an impediment for the State, where necessary, to appeal to all the legal measures that the State of Law allows for its self-preservation and to freely decide on its peaceful coexistence and its future. The Court has already resolved a number of cases on respect for national identity against European regulations or exceptions to European obligations based on national security.

Keywords: NATIONAL IDENTITY - TERRITORIAL INTEGRITY - INTERNAL AND EXTERNAL SECURITY - CONSTITUTIONAL AND REGIONAL STRUCTURES.

Sumario: I. Consideraciones generales. II. Evolución del texto del art. 4.2º TUE. III. Contexto de su inclusión. IV. Significado de la identidad nacional. 1. Elementos fundamentales del Estado: A) Contenidos materiales; B) Identidad y autonomía institucional y procedimental; C) Límite a la identidad; identidad y cumplimiento de las obligaciones de la Unión. 2. La pervivencia de los Estados. V. Funciones esenciales del Estado. 1. Defensa de la integridad territorial. 2. Defensa del orden público y seguridad nacional. 3. Previsiones específicas a favor de la seguridad nacional. VI. Justiciabilidad del principio.

I. Consideraciones generales¹

El principio de respeto a la identidad nacional de los Estados miembros se enunció expresamente por vez primera en 1992 en el Tratado de la Unión Europea de Maastricht. No significa que antes de 1992 no formara parte implícitamente del estatuto del Estado miembro en el seno de las, entonces, Comunidades Europeas. Era un derecho del Estado miembro y nada hace creer que su respeto no fuera una obligación antes de 1992 para las instituciones europeas. El Tratado de Maastricht, en su versión original de 1992, formalizó este deber de la Unión para con sus Estados miembros de forma escueta y directa: “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros” (art. 6.3º).

El fracasado Tratado constitucional de 2004 retomaba este principio en el art. I-5, conservando su afirmación básica, si bien la ampliaba y precisaba. Además, para clarificar el estatuto de los Estados en el nuevo Tratado enmarcaba ese principio junto al de la igualdad soberana de los Estados² y la cooperación leal con la Unión en calidad de principios esenciales del sistema organizativo internacional de la Unión.

¹ Art.4.2º TUE, tal como se ha redactado tras la reforma del Tratado de Lisboa de 2007: “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”.

² A. Mangas Martín, “Los límites del principio de igualdad de los Estados miembros en el Derecho de la Unión europea”, *Revista Unión Europea Aranzadi*, 2007, marzo, pp. 15–18.

El Tratado de Lisboa, adoptado el 13 de diciembre de 2007, rescató el amplio enunciado del principio y lo reubicó en el art. 4.2º del TUE, conservando su detallado y nuevo contenido. También la Carta de los Derechos Fundamentales en su preámbulo se refiere al “principio de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local”.

En estas reflexiones me voy a centrar en este principio como configurador del estatuto internacional del Estado. Y como buena parte del texto del vigente art. 4.2º TUE es fruto del debate en la Convención sobre el Futuro de Europa y en las subsiguientes Conferencias Intergubernamentales de 2003–2004 y 2007 me referiré a dichos trabajos para entender mejor su redacción final.

II. Evolución del texto del art. 4.2º TUE

En el primer borrador o esqueleto de fallido Tratado constitucional presentado a la Convención, el contenido de este capital precepto aparecía, en parte, diseminado y, en parte, ni aparecía. En efecto, en el primitivo art. 1 se proponía crear “Una Unión de Estados que, conservando su identidad nacional, coordinen estrechamente sus políticas...”. No había referencia a una actitud activa por parte de la Unión de respeto a la singularidad y estatuto de los Estados y a su sentido de “contralímite”. Esto era todo³.

Varios meses después el *Praesidium* presentó un nuevo borrador más detallado de los primeros preceptos en los que se diseminaba la definición del respeto a la identidad nacional y se reiteraba con más detalle (“vinculada a la estructura fundamental de éstos y a las funciones esenciales de un Estado, y en particular su estructura política y constitucional, incluida la organización de los poderes públicos en los planos nacional, regional y local”)⁴.

Pronto se hicieron sentir las enmiendas favorables a fusionar todo lo relativo al respeto a la identidad nacional (en especial, fue petición de eurodiputado francés Lamassoure); algunos se cuestionaron la referencia misma a la identidad nacional por la falta de precisión y consenso sobre esa noción. Decenas y decenas de enmiendas se dirigieron a mencionar la autonomía regional y local –con éxito–, o la diversidad lingüística y cultural–que no prosperó en este precepto– como parte de la identidad que debe respetar la UE; otras enmiendas eran desproporcionadas y fuera de lugar, como las que pretendían explicitar el respeto a la soberanía (propuesta por varios convencionales despistados), o que los Esta-

³ CONV 369/02.

⁴ CONV 528/03, 6 de febrero de 2003.

dos ejercieran sus competencias según un modelo federal (Kaufmann), o que se mencionara el respeto al estatuto de las iglesias y confesiones religiosas como parte del respeto a la identidad nacional. Se aceptó en esta fase una enmienda hecha desde la prevención estatalista que ha pasado al texto definitivo para que se reconociera expresamente la responsabilidad de los Estados en el mantenimiento del orden público y de la seguridad nacional (propuesta por Hain)⁵.

Poco a poco, los trabajos de la Convención mejoraron algo su pobre y deslavazada presentación. El texto, acordado por el *Praesidium*, tras examinar las enmiendas⁶, fue el finalmente aceptado por la Convención en junio de 2003. Ahora bien, fue la Secretaría General de la Conferencia Intergubernamental de 2003–2004 la que le dio una redacción bastante mejorada y coherente del que fue el art. I–5 del fallido Tratado constitucional. En la primera versión aprobada por la CIG se confirmaron las propuestas de los expertos jurídicos⁷. En la CIG las modificaciones que sufrió el precepto sólo afectaron al principio de igualdad. La posterior CIG de 2007, que dio a luz el Tratado de Lisboa, retomó tal cual el texto de 2004 y lo ubicó en el art. 4.2º.

III. Contexto de su inclusión

Dado que el principio de cooperación leal se toma literalmente del que tradicionalmente ha presidido y sustentado la arquitectura jurídica de la Unión durante más de sesenta años (ya desde el antiguo Tratado CECA), las novedades, al menos de redacción y de profundización, están en los otros dos principios. No deja de ser sintomático de los nuevos aires internacionalistas del reformado Tratado de la UE y de la herencia pseudo-constitucionalista es que el principio más comunitario permanezca estable o congelado (la cooperación leal), y que *pro-*

⁵ Para el conjunto de enmiendas, acertadas y disparatadas, CONV 574/1/03 rev.1, de 26 de febrero de 2003. El fundacional principio de cooperación leal también sufrió el embate de enmiendas muy combativas de los convencionales más estatalistas, aunque sin éxito alguno. Llegaron a pedir sin más la supresión del principio de cooperación leal; también se pidió que se suprimiera la obligación de cumplir el Derecho de la Unión, que suprimiera o se limitara la obligación de los Estados de abstenerse de adoptar normas contrarias a las de la Unión, o que la Unión debía respetar los intereses vitales de cada Estado, o se reconociese el derecho de los Estados a no cumplir (“no participar”) las decisiones que puedan perjudicar sus intereses nacionales o que se reconociese una excepción a los Estados que no voten a favor (Kiljunen, Vanhanen, Lopes, Tomlinson, Hain, Stockton, Muscardini, Heathcoat–Amory, Pacciotti, Spini y Queiró). Estos “despistados” proponían abrir la vía a la mala fe de los Estados, dando carta legal a sus ilícitos, y poner fin al actual sistema multilateral de integración a cambio de otro sistema en el que cada Estado actúe a su conveniencia unilateral.

⁶ CONV 724/1/03 rev.1, 28 de mayo de 2003.

⁷ En efecto, el Grupo de expertos jurídicos de la Secretaría General de la CIG de 2003–2004 hicieron sugerencias de mejora de la redacción, CIG 50/03, 25 de noviembre de 2003.

greden los dos principios que fortalecen la presencia estatal y su dimensión internacional (respeto a la igualdad e identidad nacional).

El Tratado de Lisboa, como el fracasado Tratado constitucional, es una de las reformas más intensamente intergubernamentales en el sentido de que mantiene su peso y refuerza a los Estados Miembros y sus prerrogativas, precisamente en la dimensión de los derechos propios de los Estados en cuanto Estados (su estatuto internacional) y sus derechos en el sistema institucional y jurídico del ente organizativo (institucionalización del Consejo Europeo, de su Presidente, el Alto Representante que rompe la independencia y colegialidad de la Comisión, participación de los Parlamentos nacionales, etc.). No parece aceptable que el sistema de integración debiera evolucionar o comportarse como el de un Estado; un editorial se pregunta si no debiera ser algo más original⁸.

La estatalidad emerge de forma continua en los Tratados. De entrada, el origen de las competencias no es la “soberanía europea”, que no existe, como no existe un *demos* europeo, sino que son los Estados mismos quienes atribuyen algunas competencias a la UE y lo hacen como representantes de la ciudadanía organizada en Estados, hecho objetivo insoslayable y respetable (art. 1 TUE). Los Estados no confieren competencias generales a la Unión sino competencias específicas, expresas y limitadas. Una Organización internacional, como es el caso de la UE, no dispone de un poder originario y, por tanto, de competencias propias. El principio general de atribución de competencias es coherente con la configuración de la Unión como sujeto de Derecho internacional de carácter no estatal.

Los Estados se garantizan la presencia en las Instituciones de mayor relieve (Consejo Europeo y Consejo) o controlan los nombramientos en otras (Comisión, Tribunal, BCE); son decisivos en la formación de las normas y actos, controlan la revisión y modificaciones del Tratado, etc.

En este contexto de fuerte control del proceso de la integración por los Estados miembros se explica el reforzamiento de la identidad nacional de los componentes de la Unión. Junto a la clarificación de las competencias de la Unión, este precepto contribuye a poner límites a la acción de la Unión⁹.

Habría que precisar, para una apreciación equilibrada de las dosis de intergubernamentalismo, que si reaparece reforzada la identidad nacional es también para apaciguar y contrarrestar los avances notables de profunda europeización de numerosas políticas de la UE. No cabe duda de que la integración ha avanzado mucho con Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa, y con ella la identidad euro-

⁸ “The Spirit of the Time”, *European Constitutional L. Rev.*, nº 3, 2007, p. 207

⁹ Ph. Manin, “La place de la diversité dans les traités sur l’Union européenne”, *Mélanges Charpentier*, París, Pedone, 2008, p. 397.

pea, y que era necesario reivindicar que los avances ni difuminaban ni pondrían en peligro las estructuras estatales. El horizonte final de Europa no se despeja y sigue en construcción y evolución.

IV. Significado de la identidad nacional

El Grupo V sobre “Competencias complementarias”, creado en el marco de la Convención para el Futuro de Europa, propuso que el respeto a la identidad nacional se viera precisado por concretas funciones del Estado que la Unión debería respetar al ejercer las competencias que se le atribuyen. El Grupo enumeró de forma no exhaustiva algunas de esas funciones, si bien reconocía que no se debían enumerar dando la impresión de que el precepto recoge las competencias que corresponden a los Estados, de lo que erróneamente se pudiese deducir que las competencias estatales derivan del Tratado y que se regulan por él. De forma ejemplificativa, enunció como estructuras fundamentales la estructura política y constitucional, incluido el autogobierno local y regional, la ciudadanía nacional, el territorio nacional, el estatuto de las iglesias y asociaciones religiosas, la defensa y fuerzas armadas y el régimen lingüístico. También enumeró los ámbitos que constituyen una función esencial ligada al orden público y valores sociales del Estado, tales como la distribución de los ingresos, la imposición y recaudación directa personal, el sistema de prestaciones sociales, el sistema educativo, el sistema de sanidad pública, el servicio militar y la preservación y desarrollo de la cultura¹⁰. En su conjunto, son ámbitos que detallarían el sentido de la identidad nacional protegible.

Finalmente, se entendió que la fórmula “estructuras fundamentales políticas y constitucionales” era suficientemente comprensiva de las otras categorías y, por ello, se estimó su alusión sin incluir componentes o matices de forma exhaustiva.

Así pues, el respeto de las estructuras político–constitucionales comprende dos ámbitos principales: (1) los elementos constitucionales fundamentales propios de los Estados y (2) el respeto a la pervivencia misma del Estado.

1. Elementos fundamentales del Estado

A) Contenidos materiales

El art. 4.2º TUE enumera de forma no exhaustiva los elementos fundamentales propios de esa identidad nacional tomando como ejemplo las estructuras políticas y constitucionales de los Estados, incluidas la organización de los poderes públicos en los planos nacional, regional y local. Serían reductos

¹⁰ CONV 375/1/02 rev 1, p. 11–12, 4 de noviembre de 2002.

exclusivos del Estado en cuanto se refiere a su organización y relaciones y, por tanto, opciones de la voluntad soberana de cada Estado en su constitución nacional.

Implica que la UE no debe interferir en las opciones constitucionales (tipo y forma del Estado¹¹, organización y funcionamiento de los poderes básicos, distribución del poder, procedimientos normativos y judiciales, etc.).

Esa referencia a las estructuras constitucionales, decía, no es exhaustiva. Un ámbito fundamental e intocable es el del otorgamiento de la nacionalidad; en efecto, el estatuto de ciudadanía europea, introducido por el Tratado de Maastricht en 1992, no ha alterado la competencia regaliana secular en virtud de la cual todo Estado tiene competencia para decidir las normas de nacionalidad. Ni los convenios de derecho humanos han alterado esa facultad discrecional y fundamental protegida por el Derecho internacional: decir quiénes son sus ciudadanos. Por ello, la ciudadanía europea se adquiere de forma automática con la adquisición de una nacionalidad de un Estado miembro y desaparece con su pérdida y cada Estado regula discrecionalmente ambos regímenes de adquisición y pérdida de su propia nacionalidad. Ligada a la ciudadanía está la identificación de las personas (apellidos) que ha dado lugar al reconocimiento de tradiciones legales y exigencias constitucionales que primaron sobre las normas de libre circulación¹².

Hay otros elementos que son esenciales a cada Estado y que éstos preservan con el cerrojo de la unanimidad. Con ello no es estoy diciendo, en modo alguno, que todos los ámbitos que los Tratados reservan a la unanimidad sean elementos definitorios de los Estados. No con carácter general. Pero algunos ámbitos por ser claramente expresión de la identidad nacional, como la lengua, conllevan que el régimen lingüístico esté resguardado por la unanimidad o que las acciones en materia de cultura y el sistema educativo requieran la unanimidad y deben limitarse a fomentar y coordinar sin ni tan siquiera aproximar la normativa nacional. Desde luego, un razonamiento similar se puede llevar a otros ámbitos sensibles como el derecho de familia con implicaciones transfronterizas, o determinados aspectos de cooperación en materia penal y policial que afectan al *ius puniendi*, así como la imposición fiscal directa y el régimen de la seguridad social. La explicitación del principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht y el papel asignado a los Parlamentos nacionales permite colegir que ese principio trata

¹¹ Para el Tribunal “la Unión respeta la identidad nacional de sus Estados miembros, de la que forma parte también la forma republicana del Estado. ... Negándose a reconocer los elementos nobiliarios de un apellido..., las autoridades austriacas competentes en materia del estado civil no parecen ir más allá de lo que es necesario para garantizar la consecución del objetivo constitucional fundamental que persiguen.” (STJUE 22 de septiembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, ap. 92 y 93)

¹² SS 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02 y la citada *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

de preservar y reforzar la autonomía de los Estados miembros. Por tanto, el art. 4.2º no necesitaba hacer un elenco de ámbitos que definieran la individualidad de cada Estado y no debía incurrir en la confusión de una falsa delimitación competencial. Se remite así en determinados ámbitos, como la cultura o el sistema educativo, a los preceptos específicos de los tratados que salvaguardan las opciones nacionales.

Por otra parte, específicas normas del derecho primario tienen en cuenta algunos elementos de identidad, como es el caso del Acta relativa a las elecciones del Parlamento Europeo, tal como fue modificada en 2002; su art 8 confirma el principio de respeto a la identidad nacional, puesto que prevé que las disposiciones nacionales que regulan el procedimiento electoral podrán en su caso tener en cuenta las particularidades existentes en los Estados miembros. También el art. 72 TFUE vuelve a reiterar el respeto a las responsabilidades de los Estados en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia. O las normas sobre cooperación judicial penal remiten a “las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos nacionales” (art. 82.2º TFUE). En buena medida las Directivas permiten un espacio apreciable para adaptarse a las tradiciones y opciones político-jurídicas más acordes con la idiosincrasia de la ciudadanía de los Estados miembros.

También abunda en el principio del respeto a la identidad nacional el hecho de que los Estados miembros son dueños de defender sus intereses en el seno de las instituciones en las que están representados como Estados. Esto no significa que no deban tener en cuenta otros; en el Consejo Europeo y el Consejo es legítimo representar y defender intereses nacionales pero, a partir de la confrontación de los mismos, ambas instituciones y sus miembros están obligados a perseguir los objetivos del art. 3 TUE. También la búsqueda de la satisfacción de intereses individuales se encontraría limitada por el asentado principio de cooperación leal del art. 4.3º TUE que, además de fundar la obligación de los Estados miembros de alcanzar los objetivos de la Unión, cimienta el deber de actuar como gestores del interés común¹³. Pero aún así, en la conjunción de intereses nacionales y objetivos europeos los Estados gozan de amplios márgenes, como recuerda el Tribunal de Justicia en varias sentencias¹⁴.

Las cláusulas de *opt-out* en los Tratados (materia monetaria, política exterior, control de fronteras, etc.) son una expresión de respeto a la identidad nacional de aquellos Estados que sienten amenazadas sus opciones políticas básicas y son por tanto una concesión en la realización de los objetivos que garantizan el respeto a la diversidad. Al igual, como señala Mengozzi, las normas incluidas en los Tratados

¹³ J.J. Laso Pérez, *El principio de cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 2000.

¹⁴ STJUE 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, ap. 63; 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, ap. 68; 19 de enero de 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, ap. 38: “Procede recordar, a este respecto, que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral”.

desde la reforma de Maastricht sobre los servicios de interés económico general para garantizar la cohesión social y territorial, de forma que cada Estado garantiza con sus propias normas los principios y las condiciones económicas y financieras que les permiten cumplir sus misiones¹⁵.

También hay que deducir del art. 4.2º que el límite o no interferencia de la UE se refiere únicamente a las estructuras fundamentales; por lo que, como señala L.M. Díez-Picazo, “ello deja un cierto margen para que la Unión Europea condicione la configuración político-constitucional de los Estados miembros siempre que lo haga en extremos no fundamentales”¹⁶.

Sin embargo, el respeto a las estructuras regionales no conlleva la aceptación por parte del sistema jurídico de la UE de conceptos nacionales (constitucionales, políticos, normativos o jurisprudenciales) que se consideran arraigados o – las más de las veces – impuestos por la dinámica de los partidos, sus prácticas alambicadas y sus solemnes tonterías (“las comunidades autónomas son Estado”). Un caso paradigmático nos lo proporciona el citado asunto *Bustamante Tello c. Consejo* en el que se pretendió asimilar ante el Derecho de la Unión los servicios prestados a un organismo de la Región de Murcia en Bruselas con los prestados en la Representación Permanente de España ante la UE. Para la política española y la jurisprudencia del TC –amañada por la política– son asimilables, pero tanto el Tribunal General (antiguo TPI) como el Tribunal de Justicia reaccionaron concordantemente y sostuvieron que “Que el concepto de Estado miembro, a efectos de las disposiciones institucionales, únicamente se refiere a las autoridades gubernativas de los Estados miembros y que no puede ampliarse a los gobiernos de regiones o comunidades autónomas, sea cual fuere la amplitud de las competencias que les sean reconocidas” rechazando ambos Tribunales un “concepto autónomo de Estado en Derecho comunitario, que englobaría a las entidades descentralizadas” así como “los argumentos basados en las competencias propias de las comunidades autónomas en el ordenamiento jurídico español y en los términos de una resolución del TC de 26 de mayo de 1994”¹⁷.

¹⁵ P. Mengozzi, “La contribution du droit à la détermination de l’identité européenne”, *Revue de Droit de l’Union Européenne*, 2012–1, p. 20.

¹⁶ L.M. Díez-Picazo, “Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional”, en VV.AA, *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005, pp. 438.

¹⁷ STJUE 29 de noviembre de 2007, *Rafael de Bustamante Tello c. Consejo de la Unión Europea*, C–10/06 P, ap. 8, 13 y 43. En este asunto, el Consejo estimaba que “seguir la argumentación del recurrente tendría como consecuencia extender el concepto de Estado no sólo a las comunidades autónomas o a otros poderes regionales análogos, sino también a los poderes municipales, locales y a las empresas públicas, y de esta forma hasta límites difícilmente concebibles” (ap. 27). El Tribunal confirma que “...se exige que el Estado esté representado, ante otros Estados y ante las organizaciones internacionales, por un sistema de representación diplomática único, que es reflejo de la unidad, en el plano internacional, del Estado de que se trate” (ap. 39).

B) Identidad y autonomía institucional y procedimental

Este principio de indiferencia del Derecho de la Unión por la estructura político-territorial interna de sus Estados miembros deriva del respeto a la autonomía institucional y procedimental del Derecho interno. En efecto, la formulación del art. 4.2º, al igual que la escueta declaración del Tratado de Maastricht, no son una aportación absolutamente novedosa sino que son la formulación jurídico-política, en buena medida, del principio de autonomía institucional y procedimental, de aportación jurisprudencial, al que desde los años setenta se ha referido el Tribunal de Justicia como un límite a la acción de la Unión y como un derecho a optar, dentro de unos márgenes, por el Estado en función de su derecho de autoorganización. Ciertamente, el principio de autonomía institucional y procedimental se formula ligado a la aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros: en palabras del Tribunal, “cuando una norma comunitaria confía a las autoridades nacionales la adopción de las medidas necesarias para su aplicación, esas medidas internas se toman por las autoridades nacionales en el respeto de las formas y procedimientos del Derecho nacional”¹⁸; o como señaló en otra ocasión “las autoridades nacionales procederán ... siguiendo las reglas de forma y de fondo de su Derecho nacional ... entendiéndose ... que esta regla debe conciliarse con la necesidad de una aplicación uniforme”¹⁹, de forma que “la aplicación del Derecho nacional no debe afectar al alcance ni a la eficacia del Derecho comunitario”²⁰.

C) Límite a la identidad; identidad y cumplimiento de las obligaciones de la Unión

Ahora bien, las opciones constitucionales tienen un límite: los Estados miembros están obligados por el Derecho de la Unión y su práctica política a tener sistemas democráticos, sumisión al Estado de Derecho, división de poderes y sumisión de todos al imperio del derecho junto con un poder judicial independiente. El único límite a la voluntad soberana, al constituyente futuro, en caso de revisión constitucional, y a los poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial) es que cualquier reforma constitucional o cualquier norma o acto respectivo respete los valores, los objetivos y las competencias atribuidas a la Unión, además de los principios de primacía y aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

¹⁸ Entre una abundantísima jurisprudencia, SS 11 de febrero de 1971, *Nordeutsches Vieh* 39/70; 11 de diciembre de 1973, *Nordsee* 122/73.

¹⁹ S 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, 205 a 215/82.

²⁰ S 6 de mayo de 1982, *BayWa c. BALM* 146, 192 y 193/81; *Fromme c. BALM* 54/81.

A su vez el respeto a la identidad nacional nunca puede ser una excusa por parte de los Estados miembros para incumplir las obligaciones adquiridas en la UE. Ni la constitución nacional ni ninguna norma del bloque de constitucionalidad puede justificar el incumplimiento de las obligaciones en la Unión. Antes del ingreso todo Estado tiene que tener acomodada su constitución para que ésta no sea un obstáculo a la integración; las cláusulas europeas de las constituciones, como el art. 93 de la española, son el engranaje que le permite obrar sus efectos al Derecho de la Unión y que por tanto en los ámbitos atribuidos nunca se utilice el derecho interno o la organización político-administrativa como justificación de un incumplimiento. Por ello, el Tribunal de Justicia estima que los ilícitos comunitarios cometidos por las regiones son atribuibles al Estado y éste no se puede parapetar en la autonomía regional o municipal para exonerarse de responsabilidad. La responsabilidad unitaria del Estado es la contrapartida por el reconocimiento de derecho de auto-organización; las conductas de sus órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) y de sus entidades territoriales (municipios, provincias, diputaciones, Comunidades Autónomas) se atribuyen al Estado miembro de conformidad con el Derecho Internacional y, naturalmente, con el Derecho de la Unión. En efecto, es indiscutido que el Estado en su conjunto responde por el hecho ilícito de una entidad territorial en el supuesto de vulneración de una obligación internacional o de la Unión²¹.

No se debe, pues, deducir del respeto a la identidad nacional un irrestricto principio de no injerencia en los asuntos internos del Estado miembro. Por sus propias características, los ámbitos de competencias de la Unión son muy amplios, casuísticos y complejos y penetran sutilmente en todo el tejido económico, social y jurídico-político y condicionan acendradas tradiciones, fueros, autonomías fiscales, etc.

²¹ El carácter unitario de todo Estado en el orden internacional y europeo es claro: “Aun cuando el reparto de competencias en el plano estatal interno varía en función de la estructura institucional de cada Estado, éste debe tener la consideración, en Derecho internacional público, de sujeto con carácter unitario” (STJUE 29 de noviembre de 2007, *Rafael de Bustamante Tello c. Consejo*, C-10/06). También el TJ ha afirmado “que en la medida en que los Estados eligen distribuir entre varias Instituciones nacionales el cuidado de tomar las diversas medidas de ejecución necesarias, incumbe a dichas Instituciones nacionales vigilar para asegurar, por los medios adecuados, la coordinación de medidas que adopten de forma que no comprometan el buen funcionamiento de la organización de mercado (TJCE, sentencia de 21 de junio de 1979, *Atalanta Ámsterdam*, 240/78). Para el Tribunal “la responsabilidad de un Estado miembro en caso de incumplimiento (art. 258 TFUE) queda comprometida sea cual sea el órgano del Estado cuya acción u omisión esté en el origen de la infracción, aún en el caso de que se trate de una institución constitucionalmente independiente” (STJCE 5 de mayo de 1970, *Comisión c. Bélgica*, 77/69). De forma todavía más explícita, el Tribunal ha declarado que “un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, ni siquiera las que derivan de su organización federal, para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos...” (SSTJCE 11 de octubre de 2001, *Comisión c. Austria*, C-110/00; 12 de diciembre de 1996, *Comisión c. Alemania*, C-298/95; 6 de junio de 2000, *Comisión c. Bélgica*, C-236/99).

A su vez, el poder político nacional, regional y local debe respetar el ejercicio de la competencia de la Unión como un límite a su capacidad de decisión y gestión. Las políticas internas del Estado o de una Comunidad autónoma o de un municipio (fiscal, económica, social, cultural...) *no son asuntos internos* en los que la Unión no pueda interferir y condicionar legalmente.

No nos engañemos; la acción de la UE es como una mancha de aceite y se extiende por los más variados ámbitos y condiciona la acción normativa y las opciones de política legislativa de Estados y regiones. En ocasiones, opciones fundamentales para cualquier Estado vienen acordadas por los Tratados como la relativa al régimen de los Bancos centrales y su subordinación al Sistema Europeo de Bancos Centrales y al Banco Central Europeo, así como la garantía de su independencia y autonomía.

Cabe decir que los principios constitucionales definen la identidad de un Estado, de la misma manera que la propia UE trata de construir su identidad enunciando y fortaleciendo principios propios que la protegen así como permiten a la ciudadanía europea reconocer los elementos y fundamentos de su comunidad política y la existencia de un espacio público común.

2. *La pervivencia de los Estados*

Respetar la identidad nacional conlleva garantizar la permanencia de los Estados en tanto que Estados soberanos e independientes –comprometidos con sus obligaciones europeas– como una condición para la existencia misma de la Unión. El respeto de la condición de Estados soberanos en el orden internacional es también un límite al sistema de revisión de los Tratados (las revisiones deberán respetar esa personalidad definitiva de cada Estado) y se refleja en la necesidad de la autorización de los Parlamentos nacionales (o su no oposición) antes de cualquier reforma de los Tratados cualquiera que sea su procedimiento.

Los Estados no son una etapa transitoria en el devenir de la Unión. Han sido y son la condición de existencia misma de la Unión. Los Estados miembros conservan su estatuto de estados en el orden internacional, si bien adquieren nuevas obligaciones internacionales entre ellos, y pueden seguir reclamando el cumplimiento de los principios y normas de Derecho internacional entre sí y las conductas propias de las relaciones internacionales aunque en un grado de intensidad y fluidez notables.

La referencia al respeto a las estructuras políticas y constitucionales (art. 4.2º) junto con el lenguaje claro sobre el carácter derivado de las competencias de la UE (art. 1 TUE) fortalece la identidad de los Estados miembros, que son –en palabras de Bogdandy– “en su mayor parte Estados nacionales desarrollados, ...conscientes de su identidad y que, a pesar de apoyar la idea de una comunidad

política europea, no desean transformarse en autoridades regionales subordinadas en un Estado federal europeo”²².

La UE se basa en la permanencia de sus Estados Miembros como Estados independientes y soberanos que han decidido libremente, con arreglo al Tratado, ejercer conjuntamente algunas de sus competencias en el respeto a su identidad y a sus funciones como Estados soberanos. En efecto, el art. 4.2º, como otros muchos del TUE (art. 1, 5, 48, 50) muestran, una vez más, que la Unión es una asociación internacional de Estados soberanos, que conservan sus prerrogativas y características internacionales de Estados, sin duda su derecho de auto-organización interna, consecuencia del derecho de libre determinación política que conservan individualmente (a través de su derecho de retirada, art. 50). Probablemente, porque nos adentramos en zonas sensibles, se quiere dejar claro que los Estados miembros, soberanos e independientes, permanecen y que esta entidad política internacional hunde sus raíces y su límites en el Derecho Internacional. Que seguimos en el marco de una Organización internacional y de un modelo de federalismo internacional y, por tanto, en el laxo marco del Derecho internacional.

Como señalara Paz Andrés antes de que terminaran los trabajos de la convención, si el art. 1 del fracasado Tratado constitucional partía de la ficción de la voluntad de los ciudadanos como elemento creador junto a los Estados, el art. 4.2º “nos vuelve a la realidad, afirmando el respeto a los dueños del Tratado, los Estados... En definitiva, el respeto a la identidad nacional es, en nuestra opinión, el respeto de la estatalidad”²³.

V. La defensa de la integridad territorial y la seguridad como funciones esenciales del Estado

El derecho del Estado a su seguridad es una consecuencia del respeto a la identidad nacional y a su pervivencia. La Unión no es posible sin Estados soberanos que asuman, entre otras funciones, garantizar la seguridad interior y exterior de su territorio, es decir, que creen y aseguren las condiciones de paz y de justicia para que los derechos y libertades de las personas puedan ser ejercidos y garantizado el cumplimiento del Derecho.

²² A. Bogdandy, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, *Revista General de Derecho Europeo*, 22, 2010, p. 27.

²³ P. Andrés Saenz de Santa María, “Hacia una constitución europea: comentarios sobre los trabajos de la convención”, *Revista General de Derecho Europeo*, 1, 2003, p. 7.

La Unión no puede interferir ni perjudicar o impedir que el Estado adopte y ejecute las decisiones que mejor convenga a sus responsabilidades ante sus ciudadanos dentro del respeto al Derecho de la UE. El compromiso jurídico y político con la Unión debe ser respetado en los ámbitos concretos atribuidos a la Unión, pero también la Unión debe permitir al Estado desenvolverse como tal en el orden interno y externo y, de forma especial, tiene preferencia el cumplimiento de las obligaciones del Estado cuando se trata de preservar su integridad territorial, el orden público y la seguridad nacional. En definitiva, la seguridad interna y externa del Estado es un *a priori* del sistema jurídico-político de la Unión.

Dado que la permanencia del Estado es una condición *sine qua non* de la existencia misma de la Unión, su salvaguardia es una cuestión *pre-jurídica* que no admite condicionantes ni subordinación al Derecho de la Unión. El Estado miembro tiene derecho a ejercer sus funciones esenciales en orden a su conservación sin más límites que los del Derecho internacional (respeto a los núcleos duros de los convenios sobre derechos humanos y al Derecho internacional humanitario). Examinemos con algún detalle los elementos protegidos en la exclusiva esfera nacional.

1. Defensa de la integridad territorial

El territorio es un elemento constitutivo e identificador del Estado. La Unión no tiene un territorio, no posee ese elemento constitutivo de la existencia de un Estado. No hay propiamente un territorio de la Unión (sólo un ámbito espacial de aplicación de sus normas) sino sólo el territorio de los Estados miembros y estos tienen un derecho inherente a su condición de Estados a defenderlo. La Unión no ha asumido ni la obligación de defender el territorio de cada Estado ni dispone del monopolio de la coerción legítima o de un ejército propio. Esa función esencial del Estado es intransferible e irrenunciable, al menos en este estadio histórico mientras la Unión tenga su fundamento en el Derecho internacional. Las actividades que implican uso de fuerza armada son exclusivas del Estado; el monopolio legítimo de la coerción sigue en la órbita decisoria exclusiva y excluyente de los Estados. Por ello, sólo el Estado miembro decide sobre la defensa de su territorio y de su seguridad interna y externa.

En esa labor de filtrado y selección de las funciones esenciales del Estado, el Tratado escoge con especial énfasis la garantía de la integridad territorial del Estado miembro. Se sobreentiende que la defensa de la integridad territorial comprende frente a ataques internos o secesionistas como frente a agresiones exteriores. Por tanto, el Estado puede utilizar todos los medios del Estado de Derecho para defenderse en caso de disturbios, actos de sedición o rebelión, amenazas o violaciones de su integridad territorial, amenazas o comisión de actos terroristas, etc. El desempeño de las responsabilidades internas y externas del Estado miembro no se ve condi-

cionada negativamente por su pertenencia a la Unión. Es más, puede recabar la solidaridad de la Unión y de sus Estados miembros (art. 42.7º TUE y 222 TFUE).

El Estado miembro tiene derecho a defender con todos los medios jurídicos y coercitivos, incluido el uso de la fuerza, su unidad nacional e integridad territorial. Cualquier tensión tendente a desgajar partes del territorio de un Estado miembro con la aspiración de crear un Estado nuevo o anexionarse a otro territorio, puede ser respondida y resuelta por el Estado con todos los medios jurídicos del ordenamiento constitucional y, llegado el caso, coercitivos permitidos por el orden internacional y dentro de sus límites (respeto a obligaciones convencionales en materia de derechos humanos y Derecho humanitario).

Otro aspecto importante es que el Estado miembro dispone libremente sobre su territorio. Un Estado miembro puede aumentar o perder territorio en el ejercicio libre y soberano de su voluntad mediante acuerdos libremente pactados en su seno. Sirvan de ejemplo de acuerdo pacífico para solucionar problemas territoriales, la decisión de la República Federal de Alemania en 1990, tras la caída del Muro de Berlín, de fusionarse mediante normas constitucionales y varios tratados internacionales con los once *länders* de la antigua República Democrática Alemana, que quedaban así automáticamente incorporados a las, entonces, Comunidades Europeas en virtud del principio de movilidad de los tratados internacionales en una sucesión de Estados. La Unión no podía ni debía interferir ni impedir la unificación, pacífica y conforme a Derecho internacional, a pesar de que de ese *hecho consumado* decidido por Alemania se derivaban innumerables consecuencias jurídicas automáticas para la Unión, sus Estados miembros e, incluso, para Estados terceros.

Otros ejemplos de acuerdo pacífico que afectan a la soberanía territorial de los Estados son, en el pasado, el traspaso del Sarre de la soberanía francesa a la alemana en 1957, o los “Acuerdos del Viernes Santo” entre Reino Unido e Irlanda de 1998 para la solución definitiva del conflicto armado en la provincia británica de Irlanda del Norte, con la previsión de un referéndum para la determinación definitiva de su adscripción territorial. O el reciente acuerdo entre el Gobierno británico y el gobierno escocés de 2012 para celebrar un referéndum sobre la eventual independencia de Escocia. Sin embargo, el caso de la retirada de Groenlandia nada tiene que ver con la disponibilidad del territorio para cada Estado pues sigue formando parte del territorio de Dinamarca y lo que se hizo fue excluir esa región danesa del ámbito de aplicación de los Tratados comunitarios; el Tratado de 1995 lo que hace es modificar ese ámbito espacial sin modificar el estatuto de Groenlandia como región de Dinamarca.

Situación muy distinta y compleja se produciría si un Estado perdiera parte de su territorio como consecuencia de una secesión (unilateral o pactada) y se proclamara y se consolidara un Estado nuevo. El nuevo Estado sería ajeno a la Unión, será un

Estado tercero (al que se aplicarían, hasta que se establecieran acuerdos con él, las normas para los terceros en materia aduanera, comercial, su nacionales perderían la ciudadanía europea, etc). La secesión de una región y su constitución en Estado nuevo (por ejemplo, si prosperar la reivindicación de una parte de la clase política de Cataluña) le convertiría por mor de la geografía en Estado europeo pero no en “Estado de la Unión Europea” (no hay sucesión en la condición de miembro de una organización internacional); quedaría modificado el ámbito de aplicación del Tratado, excluyendo al territorio independizado, que pasaría a ser un Estado tercero y, en su caso, solicitar la adhesión a la UE.

En todo caso el Derecho de la UE no sería un obstáculo para que, si no hay *acuerdos de terciopelo* sobre esas delicadas cuestiones territoriales y jurídicas en el seno de un Estado afectado por una tensión independentista sino una secesión unilateral o salvaje, el Estado miembro haga valer su derecho al respeto del principio de su unidad nacional e integridad territorial y a preservarla por los medios permitidos por el Derecho internacional.

2. Defensa del orden público y seguridad nacional

Entre las funciones esenciales se reconoce el derecho de cada Estado a proveer a su seguridad interna (fuerzas de orden público) y exterior mediante la organización de sus Fuerzas Armadas (capacidades materiales y humanas y su despliegue), incluido lo relativo al servicio militar, como estime adecuado a su seguridad. El mantenimiento del orden público y las actividades conducentes a garantizar la seguridad nacional son irrenunciables en todo Estado democrático. Ahora se explicita y reafirma en dos frases del art. 4.2º TUE.

El Estado dispone de amplia discrecionalidad en la organización y funcionamiento de sus fuerzas de orden público y de las órdenes tácticas que estime oportunas ante situaciones concretas (disturbios, etc.). No tiene más límites, si bien son importantes, que las normas constitucionales e internacionales sobre protección de derechos fundamentales, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales; en caso de conflicto armado, se añadirían los límites de los convenios de La Haya y Ginebra.

Igualmente cada Estado miembro es soberano para decidir la organización de su defensa y de sus Fuerzas Armadas, su planificación, el despliegue de su defensa, sobre sus relaciones internacionales de carácter militar; no está obligado a formar parte de alianzas militares, pero si forma parte de ellas debe respetar sus limitaciones (compromisos con la OTAN) y lógicamente las decisiones adoptadas por la UE en materia de PESC y PESD. Cada Estado decide sus opciones de gastos militares aunque atemperadas por las normas que prohíben el déficit excesivo... Igualmente

ante situaciones de crisis o en previsión de las mismas dispone de plena discrecionalidad para velar por su seguridad nacional.

El TJ ya había reconocido este dominio reservado del Estado sobre su seguridad interna y externa. Es cierto que distingue entre la regaliana competencia de organización de la defensa, incluida la opción de un servicio militar obligatorio o no, de las condiciones profesionales o socio-laborales en el seno de las Fuerzas Armadas que, por el contrario, sí estarían condicionadas y sometidas a las normas sobre derechos fundamentales y socio-laborales de la Unión. Así ha declarado que “(C)iertamente, las decisiones de los Estados miembros relativas a la organización de sus fuerzas armadas no pueden quedar completamente excluidas de la aplicación del Derecho comunitario, especialmente cuando se trata de la observancia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las relaciones laborales, en particular en materia de acceso a los empleos militares. Sin embargo, de ello no se desprende que el Derecho comunitario regule las decisiones de organización militar elegidas por los Estados miembros que tengan por objeto la defensa de su territorio y de sus intereses esenciales”.²⁴

El concepto de seguridad abarca la seguridad interna (orden público y unidad nacional) y la externa (frente a agresiones exteriores a la integridad territorial y a la independencia del Estado). Para su defensa los Estados retienen amplios márgenes de decisión²⁵. La seguridad y defensa de un Estado, santo y seña de la estatalidad, está protegido frente a los actos de las instituciones y sus posibles interferencias. Ahora bien, no deja de ser una excepción constreñida a esos supuestos. Ese dominio reservado no puede considerarse sin más como un límite irrestricto a los efectos de la integración y al despliegue de su derecho. El Tribunal entiende que “De ello no se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva, sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario”²⁶. La organización y decisiones esen-

²⁴ STJCE 11 de marzo de 2003, *Alexander Dory*, C-186-01, ap. 35. Siguiendo jurisprudencia constante, el Tribunal recuerda en esa misma sentencia (ap. 35) que son los Estados miembros quiénes “...deben establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, adoptar las decisiones relativas a la organización de sus fuerzas armadas” (entre otras, SS 26 de octubre de 1999, *Angela María Sirdar C-273/97* (ap. 15) y 11 de Enero de 2001, *Tanja Kreil C-285/98* (ap. 15)).

²⁵ En la citada sentencia *Tanja Kreil* (ap. 24) afirma que “Según las circunstancias, las autoridades nacionales disponen de cierto margen de apreciación al adoptar las medidas que consideran necesarias para garantizar la seguridad pública de un Estado miembro” (también en las SS 17 de octubre de 1995, *Leijfer y otros*, ap. 35 y *Sirdar*, ap. 27).

²⁶ S *Tanja Kreil*, ap. 16 (SS 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, ap. 26, *Sirdar*, antes citada, ap. 16 y *Alexander Dory*, cit., ap. 31).

ciales sobre la seguridad nacional quedan circunscritos a los amplios supuestos pero sólo a los casos excepcionales ya previstos en los Tratados (ver epígrafe siguiente) ante “supuestos excepcionales claramente delimitados”.

3. Previsiones de los tratados en favor de la seguridad interior y exterior

Son varias las disposiciones de los Tratados, en concreto del TFUE, que nos recuerdan ese derecho del Estado miembro a su autoconservación cuando las funciones esenciales del Estado son atacadas o se ven amenazadas.

La defensa del orden público y la seguridad ya aparecía ligada a numerosas normas de los Tratados fundacionales. Artículos ligados al mercado interior han reconocido excepciones justificadas entre otros motivos por la defensa del “orden público” –aunque con connotaciones más jurídicas que las relacionadas con disturbios, pero sin excluirlos– y la salvaguardia de la seguridad pública o interior; tal es el caso de los artículos, hoy del TFUE, en los que se prevé la posibilidad de restricciones la circulación de mercancías por razones de orden público o seguridad (art. 36), restricciones a la libre circulación de trabajadores (art. 45), restricciones al derecho de establecimiento (art. 52), restricciones a la libre circulación de capitales (art. 65), salvaguardia general a favor de los Estados en las normas sobre el espacio de libertad y justicia (art. 72), o tomar medidas excepcionales ante una afluencia repentina de refugiados (art. 78.3º) límites a las informaciones a facilitar por los Estados (art. 346) y derogaciones en situaciones límite (art. 347). De forma explícita, el art. 347 TFUE permite adoptar a los Estados derogaciones de normas sobre el funcionamiento del mercado interior en caso de guerra, graves disturbios, graves tensiones internacionales o para cumplir obligaciones contraídas –con la ONU, claro está, aunque no se la menciona– para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Esas normas siempre han ofrecido al Estado miembro suficientes fundamentos jurídicos en el respeto del Derecho de la Unión para que excepcionalmente, y mientras dure esa situación, se desmarque de aquellas normas europeas que le puedan impedir el cumplimiento de sus funciones esenciales. Son los supuestos concretos y limitados a los que se refería la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Además de los preceptos citados, los Estados también encuentran un asidero excepcional en los Tratados para defender su identidad e independencia en situaciones extremas optando por la retirada como una opción final para preservar, sin limitaciones procedentes del Derecho de la UE, su identidad (art. 50 TUE).

Y aunque la Carta de los Derechos Fundamentales no prevé la suspensión de derechos y libertades en casos de guerra, graves disturbios, o calamidades públicas, debido a que debe ser interpretada y aplicada de manera conforme con otros instrumentos internacionales, como el CEDH y las tradiciones constitucionales comu-

nes, los Estados pueden hacer uso del derecho de suspensión temporal de determinados derechos y libertades respetando en todo caso el art. 15 del Convenio Europeo como estándar mínimo común (el núcleo duro inderogable es el respeto a la vida –salvo en actos legítimos de guerra y defensa–, prohibición de torturas y malos tratos, prohibición de esclavitud y principio de “no hay pena sin ley previa”).

El Estado miembro tiene derecho a defender el orden y la integridad territorial por sí mismo; es un derecho inherente a su condición de Estado. Pero además, al pertenecer a un conjunto integrado política y jurídicamente, tiene derecho a la *solidaridad* del grupo, de la Unión. La Unión y los Estados miembros “actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad” en caso de ataque terrorista, o de catástrofe natural o de origen humano (art. 222 TFUE). Se tomarán medidas (de colaboración, de información compartida) para prevenir ataques terroristas, proteger a la población y a las Instituciones democráticas y prestarle la asistencia que solicite el Estado miembro afectado, incluidos los medios militares.

Si la situación es más grave aún, es decir, si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, debe poder recibir la ayuda y asistencia de los demás Estados miembros con todos los medios al alcance de los Estados, incluidos los militares (art. 42.7° TUE)²⁷. Este precepto supone que, por vez primera, un Tratado comunitario incluya una cláusula de ayuda mutua o legítima defensa colectiva fundada en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, siguiendo el procedimiento establecido internacionalmente. Hasta ahora el pacto de ayuda mutua en caso de guerra sólo se incluía en el Tratado del Atlántico Norte (OTAN). De todos modos, al Tratado Atlántico y a sus organismos se remite para la ejecución de ese compromiso de ayuda mutua en caso de agresión.

VI. Justiciabilidad del principio

La justiciabilidad del principio es incuestionable en su formulación general o abstracta en el art. 4.2° TUE como en las disposiciones específicas relacionadas con materias concretas. Su respeto no es una mera consideración programática sino que forma parte de la legalidad de los actos de las Instituciones aunque no siempre sea fácil demostrar cómo una norma de la Unión pueda borrar o quebrantar esos elementos de identidad. El principio es objeto de control por el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales lo invocan para solicitar el examen de compatibilidad entre normas europeas y la identidad nacional o la defensa de la seguridad nacional. Ciertamente, la identidad constitucional de *cada Estado*

²⁷ Para un análisis de ambas cláusulas, *vid.* N. Fernández Sola, “Les clauses d’assistance mutuelle et de solidarité du Traité d’Union Européenne: contenu, délimitation et garanties politiques et juridiques”, *Mél. en l’honneur du professeur Joël Molinier*, París, LGDJ, 2012, pp. 203–220.

no forma parte de la legalidad de la Unión, pero sí es un límite a su poder normativo. La oponibilidad –se ha dicho– de la identidad nacional es limitada y el control jurisdiccional de las reglas constitucionales consiste especialmente en someterlas a un test de proporcionalidad en relación con el objetivo perseguido²⁸.

En ese sentido es un principio justiciable como lo prueban el nutrido número de sentencias citadas en las que el Tribunal de Justicia ha tenido que dilucidar si un acto de los Estados entraba en el campo de las excepciones que preservan su identidad y la defensa de su seguridad o si un acto de la Unión interfería o no el dominio reservado de las funciones esenciales del Estado²⁹.

Así lo entendió el Grupo V de la Convención sobre el Futuro de Europa cuando redactó este precepto tal como lo ha heredado el Tratado de Lisboa. Precisó en su Informe final que esas funciones esenciales no debían ser interpretadas ni como una cláusula de excepción, sin disminuir la obligación que tienen los Estados de respetar las disposiciones de los Tratados, ni como una reserva de competencias nacionales, reconociendo que será el Tribunal de Justicia el que dilucide si las Instituciones vulneran un margen razonable de apreciación³⁰.

Ahora bien, en caso de conflicto con normas europeas que afecten a las estructuras fundamentales de un Estado, se puede plantear si los altos tribunales nacionales tendrían alguna relevancia para determinar si una norma europea afecta a sus estructuras nacionales fundamentales y el contenido de la identidad constitucional. Podría ser un campo abonado para futuras tensiones constitucionales entre las jurisdicciones nacionales y la europea.

Para Bogdandy es un reflejo de pluralismo constitucional y de cómo deben interactuar los tribunales constitucionales y el Tribunal de la Unión, aunque también puede originar tensiones sobre la primacía del Derecho de la Unión y en todo caso la identidad constitucional no tiene una protección absoluta y debe ser proporcionada con el principio de aplicación uniforme, reconociendo la importancia del diálogo entre las jurisdicciones de un sistema constitucional compuesto³¹.

²⁸ B. Nabli, “L’identité (constitutionnelle) nationale: limite à l’Union européenne?”, *RMCUE* 2012, n° 556, mars 2012, p. 215.

²⁹ Entre las numerosas sentencias en las que el Tribunal de Justicia ha tenido en cuenta de algún modo la “identidad constitucional”, *vid.*: SS 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/03; 4 de marzo de 2004, *Alemania c. Comisión*, C-344/01; 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02; 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, C-145/04; 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon c. Gouvernement flamand*, C-12/06; 22 de septiembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09; 12 de mayo de 2011, *Runevic-Vardyn*, C39/09.

³⁰ CONV 375/1/02 rev 1, p. 11–12, 4 de noviembre de 2002.

³¹ A. Bogdandy, S. Schill, “Overcoming absolute primacy; respect for national identity under the Lisbon Treaty”, *Common Mrk. L. Rev.* 48, 2011, p. 1420.

Hay una sola respuesta ortodoxa en términos de Derecho europeo. A la luz del derecho vigente relativo al Tribunal de Justicia de la UE (art. 19.1º TUE y 263 y 267 TFUE), se deduce que los Tratados reconocen competencia exclusiva al Tribunal de la Unión para examinar si la norma o acto europeo vulnera los Tratados, incluido el principio del respeto a la identidad de sus Estados miembros. Además, cuando los Estados se acogen a una excepción a su favor se sitúan dentro del Derecho de la UE cuyo garante e intérprete es el Tribunal de Justicia³². Y el art. 4.2º no excluye la competencia del Tribunal para interpretar su sentido, lo que sí hace en relación con la PESC en otro precepto del Tratado (art. 275 TFUE).

Ya he señalado que la doctrina del Tribunal de Justicia se ha referido en varias ocasiones al amplio margen de los Estados en materia de seguridad nacional, aunque con ciertos límites en los que el Derecho de la UE sería relevante. De forma reiterada ha declarado que “si bien corresponde a los Estados miembros establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, no por ello cabe deducir que tales medidas se sustraen totalmente a la aplicación del Derecho de la Unión”³³. Hace ya algunos años afirmó y lo ha reiterado posteriormente que “le correspondía comprobar si las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en el ejercicio del margen de apreciación que se les reconoce, perseguían, en realidad, el objetivo de garantizar la seguridad pública y si eran adecuadas y necesarias para alcanzar ese objetivo”³⁴.

La competencia del Tribunal parece algo más clara y comprensible cuando se trata de controlar la excepción de la seguridad nacional. Aunque es obvio que parece que serían los tribunales nacionales los que estarían mejor situados para

³² STJCE 13 de abril de 2000, *Karlsson*, C-292/97, ap. 37.

De forma concreta y matizada “...ha recordado reiteradamente que el concepto de orden público como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión Europea. Por tanto, el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” reconociendo que ese concepto puede variar de un Estado a otro y de una época a otra. “En consecuencia, a este respecto hay que reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado (sentencia de 22 de septiembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, ap. 86-87; 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, ap. 31).

³³ STJUE 4 de marzo de 2010, *Comisión Europea c. República Portuguesa*, C-38/06, ap. 63; añade que “Efectivamente, según ha señalado ya el Tribunal de Justicia, el Tratado sólo establece excepciones expresas aplicables en caso de situaciones que pueden poner en peligro la seguridad pública en sus arts. 30 CE, 39 CE, 46 CE, 58 CE, 64 CE, 296 CE y 297 CE, que se refieren a unos supuestos excepcionales claramente delimitados. No puede deducirse de ello que exista una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva al margen de las condiciones específicas previstas en las disposiciones del Tratado podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión” (actuales art. 36, 45, 52, 65, 72, 346 y 347 TFUE).

³⁴ Sentencias citadas *Alexander Dory*, ap. 34; *Sirdar*, ap. 28 y *Kreil*, ap. 25.

definir la identidad constitucional de los Estados miembros cuyo respeto asume como misión la Unión³⁵.

De todos modos, sin poner en duda la justiciabilidad del principio establecido en el art. 4.2º TUE y la competencia judicial exclusiva del Tribunal de Justicia, la respuesta a ese conflicto, si se planteara de forma extrema en situaciones muy sensibles a la defensa de la identidad y pervivencia del Estado, no es judicial. Los instrumentos deben ser la negociación política y la cooperación leal entre la Unión y el Estado miembro que estima dañada su identidad o su seguridad, la confianza mutua, en definitiva. Claro que antes de la adopción del acto conflictivo, hay que esperar y exigir prudencia y responsabilidad a la Comisión al hacer su propuesta, pero también del Consejo (los gobiernos, al fin y al cabo) y del Parlamento Europeo, así como la eventual participación de los parlamentos nacionales, todos ellos en tanto que hacedores de las normas y actos comunitarios, quienes deberán examinar y contribuir a dilucidar si el contenido de la norma proyectada puede vulnerar el espacio irreductible de los Estados y originar tensiones políticas costosas para los Estados y la Unión.

De todos ellos, instituciones y Estados hay que esperar una cooperación leal en el proceso de decisión y presumir que van a respetar sus respectivos ámbitos de competencia y conjunto de equilibrios que dan vida al sistema. El debate político tiene que prevenir toda duda de desbordamiento de ese precepto.

³⁵ Así lo reconoció el Abogado General Poiares Maduro en sus *Conclusiones* de 20 de septiembre de 2005, C-53/04 y C-180/04.