

# D

## ■ La identidad constitucional de los Estados miembros y la integración europea

MARÍA JOSÉ ROCA FERNÁNDEZ

*Catedrática de Derecho Constitucional  
de la Universidad Complutense de Madrid*

### S U M A R I O

1. Introducción.
2. Origen y desarrollo del concepto.
  - 2.1. Origen histórico.
  - 2.2. Evolución de la jurisprudencia constitucional alemana.
  - 2.3. Consideración final.
3. Naturaleza y función jurídica.
  - 3.1. Naturaleza.
  - 3.2. Función.
    - 3.2.1. Desde el Derecho del Estado miembro.
      - 3.2.1.1. Identidad constitucional y estructuras fundamentales del Estado.
      - 3.2.1.2. Identidad constitucional y derechos fundamentales.
    - 3.2.2. Desde el Derecho de la UE.
  - 3.3. Consideración final.
4. La identidad constitucional española.
  - 4.1. Límites a la integración europea.
  - 4.2. Límites a la ruptura de la unidad del Estado.
  - 4.3. La reforma de la Constitución.
    - 4.3.1. Línea de máximos: ¿Artículos de la Constitución que exigen la vía del art. 168 para su reforma?
    - 4.3.2. Línea de mínimos: Sólo algunos elementos.
    - 4.3.3. ¿Una reforma constitucional inconstitucional?
  - 4.4. Recopilación
5. Consideraciones finales
6. Bibliografía



## 1. Introducción

El Estado constitucional, desde su nacimiento, experimenta dos tendencias contrapuestas: la tensión entre la universalidad de los Derechos humanos (o fundamentales, si se prefiere<sup>1</sup>), y la democracia de un Estado nacional. Por una parte, el carácter abstracto de la humanidad, y por otra el carácter concreto de la ciudadanía de un territorio delimitado<sup>2</sup>. Se observa un uso creciente del concepto de «identidad constitucional» en los Tribunales superiores de todo el mundo: desde la India<sup>3</sup> hasta Brasil, y parece que seguirá en uso durante algún tiempo. Aun poniendo de

---

<sup>1</sup> P. CRUZ VILLALÓN y J. PARDO FALCÓN, «Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 97, enero-abril 2000, p. 65 <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3621/4384> [1-XI-2020], señalan que «si bien la Constitución española utiliza indistintamente diversas denominaciones (“derechos fundamentales”, “libertades públicas”, “derechos constitucionales”, “derechos de los ciudadanos”, entre otras), la primera de ellas es utilizada predominantemente en la literatura jurídica desde la promulgación de la Constitución vigente, para designar a todos aquellos derechos que la Constitución garantiza a los ciudadanos como expresión o, si se quiere, traducción, en el ordenamiento positivo nacional de los que se conocen generalmente como “derechos humanos” en el lenguaje jurídico supranacional».

<sup>2</sup> J. ISENSEE, «Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?», en *Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts. Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen vom 1. bis 5. Oktober 2002, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 62 De Gruyter | 2003 p. 208 <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806.117/html> [1-XI-2020].

<sup>3</sup> G. VAN DER SCHYFF, «EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 76, 2016, p. 168, nota 1, cita la sentencia contra el Estado de

manifiesto su importancia a nivel más amplio<sup>4</sup>, dentro de los límites de esta exposición, no se hace referencia más que a la jurisprudencia constitucional de algunos Estados miembros y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El concepto «identidad constitucional» que, como es sabido, no aparece mencionado en nuestra Constitución, será empleado en estas páginas de modo genérico<sup>5</sup>, y, por tanto, en principio, como sinónimo de «identidad nacional»<sup>6</sup>. Sobre si estos dos conceptos pueden utilizarse o no<sup>7</sup> como sinónimos se ha escrito de modo abundante. Puesto que la ju-

---

Kerala pronunciada ya en el año 1973: *Kesavaranda Bharati v. State of Kerala* (1973) 4 SCC225.

<sup>4</sup> Trabajos como el de T. DRINÓCZI, «The identity of the constitution and constitutional identity: Opening up a discourse between the Global South and Global North», en *Juris Dictio*, June, 21, 2018, pp. 63-80, ponen de manifiesto la extensión geográfica de estos conceptos.

<sup>5</sup> M. ROSSENFELD, «Constitutional Identity», en M. ROSSENFELD y A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, pp. 756 y ss., ha descrito la identidad constitucional como comprensiva de tres significados distintos: hecho, contenido y contexto. La identidad, tipificada como hecho, no necesita ser expresamente mencionada en el texto constitucional para que exista (como lo prueba la identidad constitucional del Reino Unido); tipificada como contenido, sirve para distinguir los ordenamientos constitucionales según la elección que hayan hecho de sus estructuras constitucionales y equilibrio de poderes; por último, la identidad como contexto coloca estas opciones dentro de un marco más amplio que toma en cuenta factores como la religión y la ideología. G. VAN DER SCHYFF, *op. cit.*, nota 3, pp. 168-169.

<sup>6</sup> Estas dos expresiones son empleadas como sinónimas desde el inicio de su tratamiento científico en las Revistas españolas, cfr. P. BON, «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, enero-abril, 2014, pp. 167-188. El propio Tribunal Justicia de la Unión Europea las emplea como sinónimas.

<sup>7</sup> G. MARTINICO, «Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE», en *DPCE*, 2020/3, p. 19, sostiene que no son sinónimas. En el mismo sentido E. CLOOTS, «National Identity, Constitutional Identity and Sovereignty in the EU», en *Netherlands Journal of the Legal Philosophy*, 45, 2016, p. 82 [https://www.biutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2016/2/NJLP\\_2016\\_045\\_002\\_006.pdf](https://www.biutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2016/2/NJLP_2016_045_002_006.pdf) [28-XI-2020] M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial», en *Revista de Derecho Político*, n. 105, mayo-agosto 2019, p. 323, considera que la identidad constitucional es una categoría derivada de la identidad nacional, siguiendo a P. CRUZ VILLALÓN, «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, 2013, p. 501. J. L. MARTÍ, «Two different ideas of Constitutional Identity: identity of the constitution v. identity of the people», en A. SÁIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 17-36, señala la distancia entre la identidad nacional (similar a la del pueblo) y la constitucional, pero reconoce que ambas son empleadas como sinónimas.

risprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea los emplea indistintamente, seguimos el mismo criterio y renunciamos a un intento de definición delimitadora de cada uno<sup>8</sup>. No en vano, en la versión alemana del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, se recoge que la identidad nacional *encuentra su expresión* en sus estructuras políticas y constitucionales<sup>9</sup>. En principio, el contenido más amplio de la «identidad constitucional» designa «todos los contenidos de la identidad social que están acuñados (o impregnados) por el Derecho constitucional. La identidad colectiva describe la igualdad de las identidades sociales de los miembros de un grupo»<sup>10</sup>.

En cambio, la expresión «identidad nacional» sí es un concepto empleado en un texto normativo. Así se expresa el 4, 2 del Tratado de la Unión Europea: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro». Aunque este texto fuera aprobado en Maastricht en 1992, ya años antes la expresión «identidad constitucional/nacional» venía siendo utilizada por las jurisprudencias constitucionales de los Estados miembros como un límite a la primacía del Derecho de la Unión.

Se acaba de describir brevemente la situación actual de los conceptos «identidad nacional/constitucional» en el Derecho europeo y en la jurisprudencia constitucional actual. Sin embargo, la identidad constitucional tiene su origen en el marco de la Constitución de Weimar (1919), y tenía como función establecer límites no escritos a la reforma constitucional. Es decir, originariamente era un concepto no recogido en una norma, y tenía una función limitadora *ad intra*. Hoy parece que ha cam-

---

<sup>8</sup> T. DRINÓCZI, *op. cit.*, nota 4, pp. 63-80, ha propuesto distinguir entre identidad de la Constitución, que sería un concepto jurídico, e identidad constitucional, que tendría carácter político. En mi opinión introducir diferenciaciones doctrinales, sin que tengan fundamento normativo ni efectos jurídicos en la práctica jurisprudencial no es clarificador.

<sup>9</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, nota 7, p. 504.

<sup>10</sup> A. VON BOGDANDY, «Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?», p. 157, nota 3, «Verfassungsidentität umfasst hingegen jene Gehalte der sozialen Identität, die durch Verfassungsrecht geprägt sind. Kollektive Identität beschreibt die Gleichgerichtetheit der sozialen Identitäten der Mitglieder einer Gruppe».

biado, en la medida en que sí está recogido en un texto normativo, y parece desempeñar más bien una función *ad extra*.

En el presente trabajo nos proponemos dar respuesta a la cuestión acerca de qué elementos constaría la identidad constitucional española en el contexto de las identidades constitucionales de los Estados miembros (ap. 4), exponiendo tanto una línea que podríamos llamar de máximos —los arts. de la Constitución que exigen la vía del art. 168 para su reforma (ap. 4.1)— como una posible línea de mínimos, sólo algunos elementos como la unidad del Estado, Monarquía parlamentaria, apertura al Derecho internacional, división territorial del Estado o la neutralidad cooperativa (ap. 4.2). Antes de abordar la cuestión en el Derecho español, se dedica un apartado al origen y desarrollo del concepto (ap. 2) y a su naturaleza y función jurídicas (ap. 3). Por último, se anotan unas consideraciones finales (ap. 5) y un elenco de referencias bibliográficas (ap. 6).

## 2. Origen y desarrollo del concepto

### 2.1. ORIGEN HISTÓRICO

La «identidad constitucional» tiene su origen en el marco de la Constitución de Weimar (1919). En un contexto histórico de cambio de una Monarquía garante de la Constitución a una República democrática, se consideraba necesario justificar que había límites materiales inmanentes inmunes a las reformas formales<sup>11</sup>, como medio para salvaguardar la estabilidad constitucional; así, surgieron las teorías de la «identidad y continuidad de la Constitución como un todo»<sup>12</sup> o de la «identidad del sistema constitucional»<sup>13</sup>. Aunque las reformas formales de la Constitución fueron agravadas, no se pretendió hacer una «obra para la eterni-

---

<sup>11</sup> Ello, a pesar de que la Constitución de Weimar, apartándose de la Constitución de 1871, dificultó considerablemente el procedimiento de reforma. Es decir, aun siendo el procedimiento de reforma de la Constitución de 1919 agravado respecto a la posibilidad de reforma en la Constitución de 1871, a los constituyentes de Weimar, esa garantía seguía pareciéndoles insuficiente. Así fue defendido durante el proceso constituyente por Ottmar Bühler y Hugo Preuß.

<sup>12</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, p. 103, «Identität und Kontinuität der Verfassung als Ganzen».

<sup>13</sup> C. BILFINGER, *Der Reichssparkommissar*, 1928, p. 17, «Identität des Verfassungssystems». Cita tomada de M. POLZIN, *Verfassungsidentität: Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, Tübingen, 2018, p. 10, nota 6.

dad» (en palabras de Hugo Preuß). Y, de hecho, iuspublicistas de la talla de Anschütz y Thoma, basándose en el texto final del art. 76 de la Constitución de Weimar sostuvieron que no había límites a la reforma constitucional, en la medida en que el *Reichstag* era simultáneamente legislador y constituyente; es más, la Constitución de Weimar no preveía ningún órgano específico como asamblea constituyente<sup>14</sup>.

Para Bilfinger<sup>15</sup>, en la medida en que concebía la Constitución como un sistema cerrado y armónico, ésta poseía un núcleo que no podía ser modificado, sin ocasionar una «fractura de la identidad del sistema constitucional». Por eso, a su juicio, debía considerarse como un principio no escrito, derivado de la esencia<sup>16</sup> de la Constitución, el mantenimiento del fundamento de la misma. Este autor, sin embargo, no llegó a concluir cuáles serían esas prescripciones de la Constitución de Weimar que constituirían su fundamento y, por tanto, no podrían reformarse.

Para Schmitt, «los límites de la facultad para reformar la Constitución resultan del concepto correctamente reconocido de enmienda constitucional. Un poder otorgado por las normas constitucionales para cambiar la Constitución significa que las prescripciones constitucionales individuales o más básicas pueden ser reemplazadas por otras, pero solo con la condición de que se preserve la identidad y la continuidad de la Constitución en su conjunto»<sup>17</sup>.

Como puede verse, el concepto de identidad constitucional, en el constitucionalismo histórico alemán servía para la creación de límites materiales implícitos —es decir, no escritos— a las reformas constitucionales en sentido formal<sup>18</sup>. En su contexto originario, no era un con-

<sup>14</sup> G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches. Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14. Aufl. 1933, Kommentar Art. 76, p. 401.

<sup>15</sup> C. BILFINGER, «Gesetzesumgehung und Verfassungsumgehung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 49, 1926, pp. 163 y ss. *Idem*, «Verfassungsfrage und Staatsgerichtshof», en *Zeitschrift für Politik*, 20, 1931, pp. 81 y ss.

<sup>16</sup> La identidad constitucional como la «individualidad o esencia de un orden constitucional», o como «los elementos esenciales de un orden constitucional» sigue manteniéndose hoy en autores como G. VAN DER SCHYFF, «EU Member State Constitutional Identity...», p. 169.

<sup>17</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, p. 103, «Die Grenzen der Befugnis zu Verfassungsänderungen ergeben sich aus dem richtig erkannten Begriff der Verfassungsänderung. Eine durch verfassungsgesetzliche Normierung erteilte Befugnis, die Verfassung zu ändern bedeutet, dass einzelne oder maherere verfassungsgesetzliche Regelungen durch andere ersetzt werden können, aber nur unter der Voraussetzung, daß Identität und Kontinuität der Verfassung als Ganzes gewahrt bleiben».

<sup>18</sup> M. POLZIN, *op. cit.*, nota 13, p. 9, véase la doctrina suiza a citada en la nota 2 y la doctrina americana recogida en la nota 3. Esa idea estaba también presente en la doctrina

cepto normativo<sup>19</sup>, y estaba estrechamente ligado a la Constitución en su conjunto, al sistema constitucional como un todo<sup>20</sup>, más que a preceptos puntuales que hoy podamos identificar como «cláusulas de eternidad».

## 2.2. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA

El concepto de identidad constitucional es un concepto de creación jurisprudencial (la primera vez que se emplea por el Tribunal Constitucional es en 1951<sup>21</sup>); no aparece en el texto de la Ley Fundamental; no obstante, ha de enmarcarse en dos coordenadas: la cláusula de eternidad (*Revisionssperrklausel*) de la Ley Fundamental y el proceso de integración europeo. Este concepto ha permitido al Tribunal Constitucional Federal fortalecer sus barreras frente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la medida en que las decisiones adoptadas por un órgano de la Unión Europea produzcan efectos que afecten la identidad constitucional garantizada por el artículo 79.3<sup>22</sup> de la Ley Fundamental (en relación

---

constitucionalista francesa. Un defensor de los límites materiales inmanentes a la reforma de la Constitución fue MAURICE HAURIOU, *Précis élémentaire de Droit Constitutionnel*, 2. Ed., 1930, pp. 81 y ss.

<sup>19</sup> Según M. POLZIN, *op. cit.*, nota 13, pp. 214-215, no tiene carácter jurídico normativo.

<sup>20</sup> C. SCHMITT, «Die Wendung zum totalen Staat», en *Europäische Revue* 7, 1931, p. 241, citado por G. VAN DER SCHYFF, *op. cit.*, nota 3, p. 171, nota 19.

<sup>21</sup> M. CLAES y J.-H. REESTMAN, «The protection of national constitutional identity and the limits of European Integration at the occasion of the Gauweiler Case», en *German Law Journal*, vol. 16, n. 4, p. 922.

<sup>22</sup> Artículo 79 [Reforma de la Ley Fundamental]

(1) La Ley Fundamental sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.

(2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del *Bundestag* y de dos tercios de los votos del *Bundesrat*.

(3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.



con los principios establecidos en los arts. 1<sup>23</sup> y 20<sup>24</sup> de la Ley Fundamental), esas decisiones van más allá de los límites constitucionales que la República Federal alemana, como Estado abierto<sup>25</sup>, permite adoptar a los órganos de la Unión Europea.

Como parte del control de identidad, debe comprobarse si los principios declarados inviolables por el artículo 79.3 de la Ley Fundamental se ven afectados por una medida de la Unión Europea<sup>26</sup>. Este control, como la reserva de las sentencias *Solange*<sup>27</sup> (recordemos que la *Solange I* declaró que los derechos fundamentales forman parte de la inmutable identidad constitucional y en consecuencia, mientras la Unión no cuente con una protección de estos derechos equivalente a la alemana, el Tribunal Constitucional Federal podrá revisar la compatibilidad del Derecho derivado con los derechos fundamentales que están garantizados en la

---

<sup>23</sup> Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

<sup>24</sup> Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

(2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

(3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

(4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

Sobre este precepto, en la doctrina española, véase, por todos: I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «La democracia intangible. Sobre la interpretación del art. 79.3 de la Ley Fundamental en la doctrina alemana», en B. ALÁEZ CORRAL (coord.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, CEPC, Madrid, 2020, pp. 187-227. KARL-E. HAIN, «Art. 79», en P. M. HUBER y A. VOSSKUHL (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, begründet von v. Mangoldt, Klein y Starck, vol. 2, 7. Aufl., C.B. Beck, München, 2018, pp. 2217-2309.

<sup>25</sup> La jurisprudencia constitucional alemana expresa esta idea con el término *offene Staatlichkeit* (estatalidad abierta), que recuerda de algún modo la concepción de P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß, Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3. Aufl., Berlin, 1998.

<sup>26</sup> Cfr.: BVerfGE 123, 267, 344, 353 y s.; 126, 286, 302; 129, 78, 100; 134, 366, 384 y s., n. marg., 27

<sup>27</sup> Cfr.: BVerfGE 37, 271, 277 y ss.; 73, 339, 387; 102, 147, 161 y ss.

Ley Fundamental) o el control «ultra vires»<sup>28</sup>, puede dar lugar a que el Derecho de la Unión deba declararse inaplicable en Alemania en casos concretos muy limitados. La sentencia sobre el Tratado de Maastricht, no mencionó expresamente la identidad constitucional, pero se puede considerar que de modo tácito se aludía a ella, al exigirse que el art. 79, 3 de la Ley Fundamental debe respetarse, si los cambios del Derecho de la Unión afectaran al Derecho constitucional alemán. Sin embargo, será a partir de la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, y, sobre todo, en el contexto de las decisiones adoptadas a consecuencia de la unión monetaria, cuando empiece a ocupar un papel más importante el concepto de identidad constitucional en la jurisprudencia constitucional alemana<sup>29</sup>. No obstante, no conviene simplificar demasiado ni llegar a la conclusión inexacta de que la identidad constitucional es un escudo frente al Derecho de la Unión (o del Consejo de Europa).

Resulta oportuno tener presentes algunos aspectos unánimemente aceptados en la doctrina alemana. La cláusula del art. 79, 3 de la Ley Fundamental es una garantía constitucional, pero no goza, dentro de la Ley Fundamental, de rango jerárquico superior<sup>30</sup> respecto de otros preceptos<sup>31</sup>, y su garantía se dirige en primer término a impedir determinadas modificaciones constitucionales. Dicho de otro modo: el destinatario de este precepto es el legislador constitucional alemán<sup>32</sup>. Ahora bien, no cabe olvidar que el Tribunal Constitucional Federal, cuenta con jurisper-

---

<sup>28</sup> Sobre el control *ultra vires* de las decisiones adoptadas por órganos de la Unión Europea, las principales sentencias del Tribunal Constitucional Federal son: BVerfGE 58, 1, 30 s.; 75, 223, 235, 242; 89, 155, 188; 123, 267, 353 y ss.; 126, 286, 302 ss.; 134, 366, 382 ss., n. marg. 23 y ss. Sobre el control *ultra vires* de los actos de la UE por parte del TCF alemán, MAYER, F. C., «Der Ultra vires-Akt. Zum PSPP-Urteil des BVerfG v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u. a.», en *Juristenzeitung*, vol. 75, 2020, pp. 725-734.

<sup>29</sup> M. CLAES y J.-H. REESTMAN, *op. cit.*, nota 21, p. 922.

<sup>30</sup> Resulta una *contradictio in terminis*, hablar de jerarquía dentro de la misma norma, por eso procuramos evitar este uso; sin embargo, no son pocos los autores que emplean esta expresión. Otros, en cambio, utilizan el término «superlegalidad constitucional» (P. DE VEGA, «La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia», en II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución, 2006, p. 27, siguiendo a Hauriou, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5768404> [13-IV-2021]). Tampoco esta alternativa parece del todo satisfactoria.

<sup>31</sup> Sobre la jerarquía de las normas constitucionales en Alemania, son de referencia obligada las consideraciones de O. BACHOF, ¿*Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Perú, 2020. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32756.pdf> [23-III-2021]. Traducción del original «Verfassungswidrige Verfassungsnormen?», en O. BACHOF, *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, ed. Athenaum, Königstein, 1979, pp. 1 y ss. De ello se tratará más adelante (infra ap. 4 y ap. 4.2)

<sup>32</sup> M. POLZIN, *op. cit.*, nota 13, p. 147.

dencia en la que se afirma lo siguiente: «el art. 79, 3 de la Ley Fundamental prohíbe el abandono total de los principios mencionados en ese artículo, pero no impide una modificación de los principios constitucionales supremos mediante una ley de reforma de la Constitución si ésta se realiza con el respeto debido al sistema de la Constitución» (BVerfGE 30, 1). Cuando se efectuó la revisión de los arts. 10, 2, inciso segundo, y 19, 4, inciso cuarto, de la Ley Fundamental, el Tribunal aceptó una demanda dirigida a revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales y declaró que «la cláusula de intangibilidad, de hecho, no impedía cualquier reforma de la sustancia de los principios cuya modificación prohíbe, sino sólo aquella modificación que destruyera totalmente su propia esencia. Como se ve, la cláusula de intangibilidad, que limita la reforma de la Constitución, es considerada por el propio Tribunal Constitucional Federal de modo flexible dentro de ciertos límites, sin que el Tribunal declare con precisión en qué consistirían exactamente esos límites; no obstante sí indica que es de su competencia establecer esos límites»<sup>33</sup>.

Lo mismo cabe afirmar de los preceptos a los que remite esta cláusula: el art. 20 y el art. 1. La cláusula de eternidad no prohíbe que los principios protegidos por ella sean interpretados a la luz de otras prescripciones constitucionales (como son, por ejemplo, los principios de apertura al Derecho internacional y al Derecho europeo proclamados en el preámbulo)<sup>34</sup>. Así se afirmó con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia *Görgülü*<sup>35</sup>; su doctrina es plenamente aplicable a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la cláusula de integración del art. 23, párrafo 1, línea tercera, en relación con el art. 79, párrafo 3, se ha convertido en una garantía de la identidad constitucional alemana. La doctrina ha puesto de manifiesto que este concepto conduce a un fortalecimiento notable de las competencias del Tribunal constitucional<sup>36</sup>. Aunque la expresión tenga un origen histórico en la

---

<sup>33</sup> O. PFERSMANN, «Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 99, septiembre-diciembre, 2013, p. 20, nota 3.

<sup>34</sup> M. POLZIN, *op. cit.*, nota 13, p. 147.

<sup>35</sup> BVerfGE 111, 307, especialmente, pp. 317-318.

<sup>36</sup> F. VECCHIO, *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 126. GRABENWARTER, C.; M. PETER, H.; KNEZ,

Constitución de Weimar, su contenido hoy es el resultado de una construcción jurisprudencial, sobre la base de la cláusula de eternidad de la Ley Fundamental. Hoy la identidad constitucional alemana, supone que Alemania no puede, mediante cesión de transferencias a la Unión, abandonar su soberanía y, por tanto, no puede pasar a ser un Estado federado de la Unión<sup>37</sup>.

### 2.3. CONSIDERACIÓN FINAL

De este breve resumen del *status quaestionis* de la «identidad constitucional» en la doctrina y jurisprudencia alemanas, se deduce que el concepto arroja más dudas que certezas. La identidad constitucional está en estrecha relación con la cláusula de eternidad y, por tanto, con los límites a la reforma de la Constitución, con la posibilidad de ponderación de la importancia del contenido material de los preceptos dentro del propio texto constitucional, con el Derecho constitucional no escrito o consuetudinario, e incluso con la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales y de reformas constituciones inconstitucionales. Ello no puede resultar extraño, ya que estas dudas dependen de una cuestión de fondo de teoría de la Constitución no resuelta definitivamente, más concretamente dependen de cual deba ser la relación entre Constitución material y Constitución formal.

## 3. Naturaleza y función jurídica

### 3.1. NATURALEZA

La expresión «identidad constitucional», en la medida en que es empleada por la jurisprudencia constitucional y europea con consecuencias jurídicas, no puede decirse que sea sólo un concepto político; es un concepto jurídico, incluso si se niega que tenga carácter normativo<sup>38</sup>, por

---

R. y ZIEMELE, I., «The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network», en *European Public Law*, Volume 27, Issue 1, 2021, pp. 43-62.

<sup>37</sup> BVerfGE 123, 216. M. CLAES y J.-H. REESTMAN, *op. cit.*, nota 21, p. 921.

<sup>38</sup> Según M. POLZIN, *op. cit.*, nota 13, pp. 214-215, no tiene carácter jurídico normativo. Para otros, en cambio, la identidad constitucional prevalece sobre el Derecho de la Unión: SHU-PERNG HWANG, «Vorrang der Verfassungsidentität als Herausforderung für die Rechtsordnung der Europäischen Union?», en *Der Staat*, vol. 56, n. 1, 2017, pp. 107-132.

considerarlo distinto de la identidad nacional<sup>39</sup>. Se ha afirmado que la «identidad constitucional» es un concepto jurídico indeterminado<sup>40</sup>. Ciertamente, así es, pues se emplea en textos jurídicos (sobre todo en la jurisprudencia; y, si se lo considera como sinónimo de identidad nacional, también en la norma: art. 4 del Tratado de la Unión Europea) y no tiene unos contornos precisos. Sin embargo, consideramos que no debe aplicarse a su posible definición, o a la posible elaboración de esta categoría dogmática, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, sino que debe considerarse como un principio. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados surge como un modo de limitar la discrecionalidad administrativa<sup>41</sup>, y de someter la actividad de la Administración pública a un control judicial pleno.

Como es sabido, según esta teoría, un concepto jurídico indeterminado es aquel que no surge de una pura creación jurídica (como lo son la hipoteca o el aval bancario), sino que parte del lenguaje común. Ahora bien, al ser utilizado por la ley (norma, en sentido amplio), adquiere una sola solución correcta, y ésta viene determinada por su función jurídica. Pues bien, un término es indeterminado cuando no tiene límites precisos, cuando no traza sobre la realidad a la que se refiere una línea clara<sup>42</sup>. El problema de la indeterminación se explica gráficamente mediante círculos concéntricos. El círculo interno traza el límite de un *núcleo de certeza positivo*: es seguro que «eso» puede denominarse «identidad constitucional», en nuestro estudio; el círculo externo marca el límite de una *certeza negativa*: es seguro que «eso» no puede denominarse «identidad constitucional». Entre ambos círculos hay una zona de duda, de «indeterminación», que se ha dado en llamar *halo del concepto*. Esa zona de duda, según la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, admite una sola solución correcta que viene determinada por la función jurídica que el concepto desempeña.

Pues bien, como hemos anotado *supra* (ap. 1.2. *in fine*), la identidad constitucional desempeña una función limitadora del poder, pero en

---

<sup>39</sup> Aquí se considerarán sinónimos.

<sup>40</sup> M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SAÍNZ, *op. cit.*, nota 7, p. 322.

<sup>41</sup> En la bibliografía española, la monografía de referencia, sigue siendo: F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976. En la bibliografía alemana para un estudio breve, pero muy útil, remitimos a C. HUFEN, «Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff» en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 5, 2010, pp. 603-607 [http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010\\_5\\_373.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_5_373.pdf) [25-III-2021].

<sup>42</sup> F. SAINZ MORENO, *op. cit.*, p. 70.

múltiples contextos (*ad intra* y *ad extra*) del ejercicio de competencias constitucionales (de reforma de la propia Constitución y de control de constitucionalidad), por ello sería erróneo (y tal vez también peligroso) considerar que hay una sola solución correcta del concepto de identidad constitucional. Descartar la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, no significa que se excluya de su interpretación el control judicial. Su interpretación está sometida a revisión judicial, pero es un control judicial compartido (por las jurisdicciones constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), no exclusivo de ninguno de los dos órdenes jurisdiccionales.

En el ámbito de la Teoría del Derecho, la teoría de los principios cuenta, como es sabido, con construcciones muy elaboradas tanto por sus defensores<sup>43</sup> como por sus críticos<sup>44</sup>, cuentan con argumentos sólidos y fundados. Por lo que se refiere al objeto de este trabajo sobre la identidad constitucional no es oportuno entrar en los detalles de este debate. Aquí más bien, cuando decimos que el respeto a la identidad constitucional es un principio, lo hacemos en el sentido clásico que en el Derecho se otorga a esta expresión y equiparándolo a otros principios como por ejemplo el de subsidiariedad, el de solidaridad, o el de lealtad con los demás Estados miembros y aceptamos en gran medida la teoría de los principios<sup>45</sup>.

La identidad constitucional/nacional en el Tratado de la Unión Europea se introduce en el contexto del modo en que los órganos de la Unión deben ejercer sus competencias: respetando la identidad constitucional de los Estados<sup>46</sup>. Pues bien, dentro de la distinción entre reglas y princi-

---

<sup>43</sup> M. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, 3. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018.

<sup>44</sup> R. POSCHER, «Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand», en *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, 4, 2010, pp. 349-372. <https://doi.org/10.5771/1868-8098> [23-III-2021] J. H. KLEMENT, «Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik», en *Juristenzeitung*, 2008, pp. 756-763.

<sup>45</sup> También quienes han formulado observaciones críticas a Alexy y Zagrebelsky (Rubio Llorente, Ollero Tassara), aceptan en gran medida la construcción que distingue entre principios y reglas, y buena parte de las características y funciones que se atribuyen a los principios.

<sup>46</sup> E. DE MIGUEL CANUTO, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como garante de derechos constitucionales en los Estados: la doctrina Taricco», en *Revista de Derecho Político*, n. 110, enero-abril 2021, p. 350, ha señalado, refiriéndose a ese caso concreto, pero a mi juicio, extensible a otros que el Tribunal de la Unión Europea abrió un espacio al juego de los principios recogidos en la Constitución de un Estado, «en el contexto de un ámbito competencial compartido integrante del Derecho de la Unión».

prios, que en el ámbito europeo ha sido desarrollada sobre todo por Alexy y Zagrebelsky, la identidad constitucional se integra dentro de la categoría de los principios, no de las reglas.

Según la distinción entre reglas y principios, las primeras describen un supuesto de hecho al que se aplica una determinada consecuencia jurídica<sup>47</sup>, mientras que los segundos no impondrían el cumplimiento de una obligación concreta<sup>48</sup>, sino que exigen que se les preste adhesión, en la medida en que se refieren al mundo de los valores y de las grandes opciones de la cultura jurídica<sup>49</sup>. Estimamos, que resulta plenamente aplicable a la identidad constitucional lo que se ha dicho de los principios: «Los principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una «toma de posición» conforme con su *ethos* en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente una «cuestión de principio». Los principios no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad»<sup>50</sup>. Zagrebelsky anota que «se erraría bastante si se concibieran los principios como normas legislativas simplemente reforzadas por su especial forma constitucional»<sup>51</sup>, y esa advertencia es plenamente aplicable a la identidad constitucional. Como lo es también que la idea de que la identidad constitucional surge «en los

---

<sup>47</sup> G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Ed. Trotta. Madrid, 11.ª ed. 2016, Reimpr. 2019 <https://elibro.net/es/ereader/universidad-complutense/134323> [23-III-2021], p. 110 A las reglas se aplican los métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En la formulación de los principios se remite a tradiciones históricas, a contextos de significado.

<sup>48</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, nota 47, p. 110, «las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a este respecto pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas». «Puesto que carecen de supuesto de hecho, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance» (pp. 110-111).

<sup>49</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, nota 47, p. 110 «A las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de los valores, las grandes opciones de la cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión».

<sup>50</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, nota 47, p. 118.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 114.

momentos constituyentes, las voluntades políticas de los sujetos políticos se coordinan para la consecución de un objetivo común: dictar principios que, estando por encima de los intereses particulares de cada uno, permitan la convivencia de todos»<sup>52</sup>, expresando así el «momento cooperativo» en una sociedad pluralista y no un «momento competitivo» entre grupos políticos<sup>53</sup>.

Refiriéndose concretamente a los principios del Derecho europeo, los principios son como las «bisagras»<sup>54</sup>, en expresión de Christian Starck, entre ambos ordenamientos jurídicos (el europeo y el del Estado miembro). Toda comunidad política se fundamenta sobre decisiones básicas en cuanto a su organización y con determinados objetivos. Los Estados se fundamentan en sus principios constitucionales, que constituyen el núcleo de la Constitución y hacia esos principios se dirige el resto del ordenamiento constitucional. De ahí que a los principios constitucionales se les haya denominado las normas centrales de la Constitución<sup>55</sup>.

Hasta aquí, no parece haber problema en encuadrar a la identidad constitucional dentro de los principios y no de las reglas. Ni en considerar que el principio del respeto a las identidades constitucionales es constitutivo del orden jurídico de la Unión Europea<sup>56</sup>, como propuso el Abogado General (Cruz Villalón) en la sentencia del caso Gauweiler<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> CHRISTIAN STARCK, «Einführung», en HARMUT BAUER y CHRISTIAN CALLIENS (eds.), *Verfassungsprinzipien in Europa*, Societas Iuris Publici Europaei (SIPE), Athens-Berlin-Bruxelles, 2008, p. 6.

<sup>55</sup> KARL-PETER SOMMERMANN, «Herkunft und Funktionen von Verfassungsprinzipien in der Europäischen Union», en HARMUT BAUER y CHRISTIAN CALLIENS (ed.), *Verfassungsprinzipien in Europa*, Societas Iuris Publici Europaei (SIPE), Athens-Berlin-Bruxelles, 2008, p. 16, siguiendo a Reimer.

<sup>56</sup> Se les podría aplicar, por tanto, las siguientes palabras de G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, nota 47, p. 110 «los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico».

<sup>57</sup> La opinión completa, puede verse en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Outright%2BMonetary&docid=161370&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=226898#ctx1> [9-IV-2021]: § 61 «The Union has thus acquired the carácter, not just of a community governed by the rule of law, but also of a community imbued with a consitutional culture. That common constitutional culture can be seen as part. of the common identity of the Union, with the important consequence, to my mind, that the constitutional identity of each Member State, which of course is specific to the extent necessary, cannot be regarded, to the state matters cautiously, as lighth years away from that common constitutional culture. Rather, a clearly understood, open, attitude to EU law should in the médium and long term give rise, a a principle, to basic convergende bet-



¿Dónde surgen los problemas? A mi parecer, hay al menos los siguientes problemas:

1.º Si a la identidad constitucional considerada como principio le es aplicable el mandato de optimización que Alexy reclama para los principios. Como se recordará, el mandato de optimización al que está sometida la aplicación práctica de los principios, supone que de entre las diversas posibilidades de aplicación que permita un principio, se impone la obligación de elegir siempre la óptima de todas las posibles. Esto sí sería un problema: los órganos de la Unión no sólo deberían ejercer sus competencias respetando las identidades constitucionales de los Estados, sino que deberían tomar sólo aquella decisión que mejor la respete.

Sin embargo, en opinión de quienes siguen en gran medida la teoría de Alexy, no todos los principios están sometidos a la exigencia de optimización. Atienza y Ruiz Manero sostienen que no todos los principios son mandatos de optimización, que no todos los principios pueden cumplirse en mayor o menor grado; por el contrario, hay principios que o se cumplen o no se cumplen. En su opinión hay principios en sentido estricto y principios que son normas programáticas o fines políticos, sólo estas últimas contienen mandatos de optimización. Como ejemplo de principio en sentido estricto, citan el art. 14 de la CE (prohibición de discriminación)<sup>58</sup>. Pues bien, siguiendo este argumento, el respeto a la identidad constitucional es un principio en sentido estricto, no una norma programática o un fin político. Es un principio, cuyo respeto admite

---

wenn the constitutional identity of the Union and that of each of the member states», que traducimos así: «la identidad constitucional de cada Estado miembro, que por supuesto es específica en la medida necesaria, no puede ser considerada, para los asuntos estatales, con cautela, como a años luz de esa cultura constitucional común. Más bien, una actitud abierta y claramente entendida hacia el Derecho de la UE debería dar lugar, a medio y largo plazo, a un principio, a una convergencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros». (la cursiva es nuestras) Como observación, no del todo anecdótica, el Abogado General cita en apoyo del texto recogido a Andreas Vo kuhle, quien, como se recordará llegó a ser Presidente del Tribunal Constitucional Federal alemana, y bajo su presidencia se pronunció una de las decisiones más duras de ese órgano jurisdiccional respecto al control de actos jurídicos de órganos de la UE BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 -, Rn. (1-237) [www.bverfg.de/e/rs20200505\\_2bvr085915.html](http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915.html) [9-IV-2021]. Sobre esta última sentencia alemana, M. J. ROCA, «La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Programa de Compra de Bonos por el Banco Central Europeo: el control ultra vires y la primacía del Derecho Europeo», en «*Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*» DPCE online, 2020/2, pp. 2845-2856.

<sup>58</sup> M. RESSING, «Prinzipien als Normen mit zwei Geltungsebenen Zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 95, n. 1, 2009, p. 43.

diversos grados, pero en su aplicación no se debe imponer un mandato de optimización.

En la crítica que le hace Poscher<sup>59</sup> a la teoría de los principios de Alexy, éstos carecen de objeto. Según Poscher, algunos principios jurídicos, se pueden construir como mandatos de optimización, pero esto no rige para todos los principios; algunos, basta observarlos, no hay que optimizarlos<sup>60</sup>. La diferencia entre principios y normas no es estructural, sino gradual<sup>61</sup>. Si «como principios jurídicos pueden designarse normas que, junto a una especial necesidad de concreción, despliegan en la mayoría de los casos un significado especial en amplias áreas del Derecho»<sup>62</sup>, cabe aplicar estas características al respeto a la identidad constitucional: necesita concreción y puede llegar a desplegar un amplio significado.

Entre los propios discípulos de Alexy, se ha señalado que la inclusión de una cláusula de reserva abstracta tiene como consecuencia que los principios, excepcionalmente, adquieren el carácter de reglas<sup>63</sup>. Así, por tanto, el principio que exige el cumplimiento de un ideal pasa a ser regla, y para su cumplimiento basta una determinación en el marco de lo posible, desde el punto de vista jurídico y fáctico<sup>64</sup>.

A mi parecer, no resulta correcto aplicar al principio de respeto a la identidad constitucional un mandato de optimización. En mi opinión, el Derecho europeo (o el Tribunal de Justicia) no estaría obligado a elegir la opción que mejor respete la identidad constitucional del Estado miembro, sino sólo una opción que no lesione su identidad. Puesto que según los teóricos de los principios, dentro de estos, los hay que exigen su aplicación de acuerdo con el mandato de optimización y otros no (ya sea por la vía de introducir una cláusula de reserva abstracta o por la vía de dividir a los principios en dos clases: los que admiten graduación y los que no), no hay objeción para seguir considerando la identidad constitucional dentro de la categoría de los principios.

2.º Si la identidad constitucional considerada como principio tiene un carácter supletorio o, por el contrario, tiene carácter fundante.

A juicio de Zagrebelsky, «según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del Derecho desempeñan una impor-

<sup>59</sup> R. POSCHER, *op. cit.*, nota 44.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 370.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 371.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 371, siguiendo a Josef Esser.

<sup>63</sup> M. RESSING, *op. cit.*, nota 58, p. 43.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 46.

tante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para «perfeccionar» el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida»<sup>65</sup>. [...] Pero, añade el mismo autor, «esta concepción no solo es parcial [...] sino que encierra además la intrínseca contradicción de asignar a las normas de mayor densidad de contenido —los principios— una función puramente accesoria de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor —las reglas—. Esto deriva del persistente prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios son un plus, algo que sólo es necesario como «válvula de seguridad» del ordenamiento»<sup>66</sup>.

Como se ve, este problema no es nuevo. En realidad, remite nada menos que al debate entre si es Derecho sólo el Derecho positivizado o tienen pleno carácter jurídico los principios metapositivos<sup>67</sup>. En la medida en que se tenga una concepción más positivista del Derecho, los principios (también, por tanto, el principio del respeto a la identidad constitucional de los Estados), serán más bien supletorios que fundantes; en la medida en que se tenga una concepción del Derecho en la que los valores no escritos (no positivizados) forman parte del Derecho, los principios tendrán un carácter más fundante que supletorio. Si se quiere, en el plano constitucional, estamos ante una concepción más deudora de Kelsen o por el contrario de Smend<sup>68</sup>. Parece claro que problemas de este calado no pueden resolverse al hilo de la exposición más modesta de la naturaleza de la identidad constitucional. Por tanto, estas cuestiones, no deben impedir que se considere el respeto a la identidad constitucional como un principio.

En suma, a mi parecer, la identidad constitucional es un concepto jurídico relacional y sirve para integrar dos ordenamientos jurídicos, sirviendo de «bisagra» de integración: el del Estado miembro y el de la Unión. En este sentido, se asemeja a los principios (principio de subsi-

---

<sup>65</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, nota 47, p. 117.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> A. OLLERO TASSARA, «El otro lado del Derecho. En diálogo con Gustavo Zagrebelsky», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n. 92, 2015, pp. 427-454.

<sup>68</sup> I. PERNICE, «Carl Smitt, Rudolf Smend und die europäische Integration», en *Archiv des öffentlichen Recht*, 100, 1995, pp. 103-108, expone la influencia de la doctrina de la época de la Constitución de Weimar en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre Maastricht.

diariedad, principio de respeto al margen de apreciación nacional<sup>69</sup>, etc.) más que a los conceptos, y tiene como función establecer límites al ejercicio del poder, ofreciendo resistencia a las mutaciones constitucionales<sup>70</sup> que puedan ocasionarse como consecuencia de la primacía del Derecho de la UE. Este fue su origen en las Sentencias Solange I y Solange II<sup>71</sup>. A la vez, cumple también la función de integrar las concepciones constitucionales de los Estados miembros<sup>72</sup>, en el Derecho de la UE<sup>73</sup>. Ello se expondrá en el apartado siguiente.

## 3.2. FUNCIÓN

### 3.2.1. Desde el Derecho del Estado miembro

Como concepto relacional, desde la perspectiva del Estado miembro, la identidad nacional se refiere a las construcciones sociales compartidas que tienen su objeto de referencia común en las instituciones del Estado

<sup>69</sup> Sobre este concepto, en el contexto del Consejo de Europa, véase J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010. M. DÍAZ CREGO, «El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (eds.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, 2009, pp. 55-77.

<sup>70</sup> G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Forster, prólogo y revisión de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. BADURA, *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, VII, Heidelberg, 1992, § 160, pp. 63-65. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 95, 2018, pp. 25-25. P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 79-85.

<sup>71</sup> C. ALCOBERRO LLIVINA, *Identity and Diversity in EU Law: Contextualising Article 4(2) TEU*, Tesis doctoral dirigida por Alejandro Sáinz Arnáiz, en la Universidad Pompeu Fabra, 2014, accesible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=186481> [2-X-2020], pp. 330-334.

<sup>72</sup> Se emplea aquí el concepto de Estado miembro, en el sentido expuesto por P. CRUZ VILLALÓN, «La Constitución del Estado Miembro», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 12, 2016, pp. 26-30.

<sup>73</sup> Artículo 2 del TUE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

nacional<sup>74</sup>, cumple una función jurídica *ad intra*, de límite a reformas constitucionales no contenidas en cláusulas de eternidad, y *ad extra* de límite a la prevalencia de posibles normas de la UE que afecten o contradigan esos aspectos de la Constitución del Estado que se consideran esenciales.

En su vertiente *ad intra*, la identidad constitucional, en algunos Estados está ligada a las cláusulas de eternidad (o intangibilidad)<sup>75</sup>. Ahora bien, la existencia de textos constitucionales como la Ley Fundamental alemana<sup>76</sup>, que cuentan con cláusulas de eternidad, no supone que, en esos Estados, la identidad constitucional quede reducida al contenido de la cláusula de eternidad<sup>77</sup>. Por el contrario, del Derecho internacional se derivan límites a las reformas de la Constitución que no son cláusulas de identidad, en palabras de Murswiek, estaríamos ante límites heterónomos de la Constitución<sup>78</sup>. En la medida en que normas de Derecho internacional convencional o consuetudinario establezcan estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales, los Estados están obligados a respetarlas, y adecuar, en consecuencia, su propio Derecho Constitucional.

En su vertiente *ad extra*, la identidad constitucional está ligada a la soberanía<sup>79</sup>. Así, la Corte Constitucional de Hungría ha señalado la estre-

---

<sup>74</sup> T. WISCHMEYER, «Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 140, 2015, p. 428.

<sup>75</sup> J. GARCÍA ROCA, «De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, p. 187, «es notorio que caben límites explícitos y sustanciales, verdaderas cláusulas de intangibilidad o eternidad —*eternity clauses*— sobre aspectos identitarios de una comunidad política». P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 248, siguiendo a Hauriou, anota que estas cláusulas expresan los fundamentos en los que se apoya la legitimidad constitucional.

<sup>76</sup> O. E. KEMPEN, «Historische und aktuelle Bedeutung der Ewigkeitsklausel des art. 79 Abs. 3 GG Überlegungen zur begrenzten Verfassungsautonomie der Bundesrepublik», en *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Heft 2/90, pp. 354-366.

<sup>77</sup> D. MURSWIECK, *Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen*, Freiburg im Br, 2008, <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers.php> [9-XI-2020] p. 12.

<sup>78</sup> Conviene recordar que ya Jellinek, en 1931, había identificado como límites heterónomos a la reforma de la Constitución aquellos que experimenta la Constitución del Estado miembro de una Federación. P. DE VEGA, *op. cit.*, nota 75, pp. 240 y ss. Distingue entre límites heterónomos (el Derecho internacional, el Derecho natural) y autónomos (pp. 240-241) de los límites explícitos (cláusulas de intangibilidad) e implícitos (pp. 242-243). A su juicio, el art. 10 de nuestra Constitución es un límite implícito. A su juicio la inviolabilidad debe interpretarse como irreformabilidad (p. 242).

<sup>79</sup> E. CLOOTS, *op. cit.*, nota 7, *idem*, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015.

cha dependencia entre soberanía e identidad constitucional<sup>80</sup>, de modo que interpreta el concepto de identidad constitucional como la propia identidad de Hungría y desarrolla el contenido de este concepto paulatinamente, sobre la base de la Ley Fundamental en su conjunto y de determinadas disposiciones de la misma, así como de su constitución histórica, según lo dispuesto en el artículo R) (3) de la Ley Fundamental. La Corte Constitucional establece que la identidad constitucional de Hungría es un valor fundamental no creado por la Ley Fundamental, sino simplemente reconocido por la Ley Fundamental. En consecuencia, no se puede renunciar a la identidad constitucional mediante un tratado internacional; sólo se puede privar a Hungría de su identidad constitucional mediante la determinación final de su soberanía, de su condición de Estado independiente. Por tanto, la protección de la identidad constitucional seguirá siendo un deber del Tribunal Constitucional mientras Hungría sea un Estado soberano. Es decir, la soberanía y la identidad constitucional tienen puntos en común, pero no deben identificarse. Las garantías de la soberanía de los Estados son superiores a las de sus identidades constitucionales<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Hungarian Constitutional Court, Decision 22/2016, <https://hunconcourt.hu/dontes/decision-22-2016-on-joint-exercise-of-competences-with-the-eu#:~:text=Decision%20number%3A%20Decision%2022%2F2016.&text=The%20Constitutional%20Court%20can%20examine,based%20on%20its%20historical%20constitution> par. 62-66: The Constitutional Court of Hungary interprets the concept of constitutional identity as Hungary's self-identity and it unfolds the content of this concept from case to case, on the basis of the whole Fundamental Law and certain provisions thereof, in accordance with the National Avowal and the achievements of our historical constitution – as required by Article R) (3) of the Fundamental Law. The Constitutional Court establishes that the constitutional identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – it is merely acknowledged by the Fundamental Law. Consequently, constitutional identity can not be waived by way of international treaty – Hungary can only be deprived of its constitutional identity through the final determination of its sovereignty, its independent statehood. Therefore, the protection of constitutional identity shall remain the duty of the constitutional Court as long as Hungary is a sovereign State. Accordingly, sovereignty and constitutional identity have several common points, thus their control should be performed with due regard to each other in specific cases».

<sup>81</sup> Por lo que se refiere a España: F. J. MATÍA PORTILLA, «Dos Constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de Diciembre)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74, 2005, pp. 347-348, citando a la DTC, «en el caso difícilmente concebible de que la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llagase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución Europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a

Como es sabido, a esta sentencia del Tribunal Constitucional de Hungría ha seguido, en 2018, una reforma del texto constitucional que ha introducido en el art. R. 4<sup>82</sup>, una cláusula que obliga a todos los órganos del Estado a proteger la identidad constitucional y la cultura cristiana de Hungría. La doctrina (tanto húngara<sup>83</sup> como la de otros Estados) ha señalado cómo en determinados casos la «redefinición» de la identidad nacional de los Estados miembros puede poner en peligro los valores constitucionales inclusivos. Algunos autores han diagnosticado este fenómeno como «uso populista»<sup>84</sup> de la identidad constitucional.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán utiliza los conceptos de *ultra vires* y de identidad constitucional como vinculados entre sí<sup>85</sup>, en el control de la normas y los actos emanados de la Unión Europea. Mientras que el control *ultra vires* tiene un carácter mucho más

---

abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema de los Estados miembros». R. ALONSO GARCÍA, «La Constitución Española en el contexto de la Unión Europea», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 59, 2019, p. 502, nota 5 y p. 506, advierte que en esta DTC, se produce un cambio en la interpretación del art. 93 de la Constitución, de modo que pasa de una inicial caracterización como precepto de índole orgánico procedimental (STC 28/1991, de 14 de febrero) al considerar que la cesión que el art. 93 permite tiene límites materiales («respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia), aunque no estén expresado en la literalidad del precepto. X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015, p. 72, afirma, siguiendo a Saiz Arnaiz, que la vinculación que supone la integración a la que se refiere el art. 93 de nuestra Constitución, supone una vinculación más fuerte para los derechos fundamentales que la interpretación conforme del art. 10. 2.

<sup>82</sup> «The protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be obligation of every organ of the State».

<sup>83</sup> Z. KORTVELYESI y B. MAJTÉNYI, «Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary», en *German Law Journal* 18(7), December 2017, pp. 1721-1744.

<sup>84</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 5, habla de «uso populista de la identidad nacional», poniendo como ejemplo a la Corte Constitucional de Hungría que, a su juicio, al tratar de proteger la identidad constitucional, en la medida en que no es compatible con los valores del art. 2 del TUE promueve una identidad constitucional nacional que es inconstitucional (siguiendo a Halmaj).

<sup>85</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 15.

amplio que la identidad constitucional, pues, en principio, supone la posibilidad de controlar que cualquier acto o norma ha sido adoptado o aprobado dentro de las competencias del órgano correspondiente; en cambio, la identidad constitucional siendo menos extensa, presenta mayores dificultades. El acto de la UE adoptado en contra de la identidad constitucional de un Estado, resulta más difícil de ser subsanado, para que pueda aplicarse por parte del Estado miembro, que el acto *ultra vires*. En todo caso, el control *ultra vires*, solo debería poder ejercerse en la medida en que el ejercicio de las competencias de los órganos de la UE afecte a la identidad constitucional de un Estado miembro.

En mi opinión, identidad constitucional y soberanía no están en el mismo plano. La soberanía es un término sustantivo: es el poder político; en cambio, la identidad constitucional es un modo de ejercicio de la soberanía; un principio relacional que expresa el modo en que el Estado miembro ejerce su soberanía respecto de la organización supranacional en la que se integra.

### 3.2.1.1. Identidad constitucional y estructuras fundamentales del Estado

La relación de la identidad constitucional con las estructuras fundamentales del Estado miembro tiene la formulación que se proponía en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, art. 5.1: «La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherentes a las estructuras políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía regional y local. Respetará las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y la seguridad interior». De este texto concluye Cruz Villalón<sup>86</sup> que respetar la «identidad nacional» implica respetar las estructuras fundamentales (políticas y constitucionales) de los Estados miembros.

Que las estructuras fundamentales constitucionales de «cada» Estado miembro sean «el núcleo de garantía de la identidad constitucional, singularmente considerada»<sup>87</sup>, no equivale a identidades «exclusivas» e «irrepetibles». Así, en la sentencia del caso Sayn-Wittgenstein<sup>88</sup>, Austria tuvo ocasión de poner de manifiesto (y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de declararlo) que el carácter de República forma parte

<sup>86</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, nota 6, p. 504.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 506.

<sup>88</sup> Sentencia Sayn-Wittgenstein (C-208/09), de 22 de diciembre de 2010.



de la identidad constitucional de este Estado<sup>89</sup>. Parece innecesario afirmar que lo mismo consideran Italia, Francia, Alemania y otros muchos Estados miembros, se incluya o no la República como contenido de una cláusula de eternidad.

En la sentencia del caso Sayn-Wittgenstein, la cláusula de la identidad nacional fue utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para hacer una relectura del concepto de orden público<sup>90</sup>. La doctrina jurisprudencial más relevante de esta sentencia no es tanto que para Austria la República es parte integrante de su identidad constitucional, sino que entran dentro de las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la interpretación de las reservas de orden público del Derecho secundario de la Unión, y que esto rige tanto para las normas de reconocimiento como las normas de conflicto (como el art. 45, 1.ª del Reglamento n. 1215/2012). Todo ello, en la medida en que la reserva hace una remisión al orden público de un Estado miembro.<sup>91</sup>

La misma interpretación del orden público hace el Tribunal de Justicia en el caso Bogendorff von Wolffersdorff<sup>92</sup>. Es decir, tanto en el caso de Austria, como en el caso de Alemania, no es la identidad constitucio-

---

<sup>89</sup> G. LIENBACHER y M. LUKAN, «Constitutional Identity in Austria: Basic principles and Identity beyond the abolition of the Nobility», en CHRISTIAN CALLIES y GERHARD VON DER SCHYFF (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, pp. 41-58.

<sup>90</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 21. R. ALONSO GARCÍA, «La Constitución Española en el contexto de la Unión Europea», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 59, 2019, p. 509-510.

<sup>91</sup> C. OHLER, § 238 «Ordre Public», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, XI. Bd., C. F. Müller, Heidelberg, 3. Ed., 2013, p. 469.

<sup>92</sup> Sentencia Bogendorff von Wolffersdorff (C-438/14), de 2 de junio de 2016. El texto en alemán con las referencias al Derecho nacional, puede verse en [https://www.doev.de/wp-content/uploads/2016/Leitsaetze/15/E\\_0412.pdf](https://www.doev.de/wp-content/uploads/2016/Leitsaetze/15/E_0412.pdf) En este caso, un ciudadano alemán adoptado, cambió en el Reino Unido sus apellidos por los de sus padres adoptivos (Bogendorff von Wolffersdorff), y llegó a adquirir también nacionalidad británica. A su vuelta a Alemania, pretende inscribir a su hija como condesa de Bogendorff y señora libre de Wolffersdorff, nacida en Alemania y también con doble nacionalidad. En este caso, Alemania no invocó su identidad constitucional, sino el orden público, porque consideró que la petición de inscribir esos apellidos era «incompatible con los principios esenciales del Derecho alemán». El Tribunal de Justicia declaró que el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que las autoridades de un Estado miembro (Alemania) no están obligadas a reconocer el apellido de un nacional de su propio Estado, si éste es también nacional de otro Estado miembro (Gran Bretaña) en el que ha adquirido libremente ese apellido compuesto, y esa adquisición no es conforme a la ley del Estado miembro mencionado en primer lugar, porque contiene elementos nobiliarios. La denegación de reconocimiento en este contexto está justificada por motivos de orden públi-

nal republicana de estos Estados lo que decide el caso, sino la cláusula de orden público.

En mi opinión, tanto si se invoca la identidad constitucional del Estado miembro como si se apela al orden público, sería conveniente aplicar los siguientes criterios para que de tal excepción resulte la no aplicación del Derecho de la Unión: La invocación debe suponer una *violación manifiesta* de un principio o norma fundamental del Estado; la excepción invocada por el Estado no debe impedir ni hacer imposibles los objetivos de la norma europea que dejaría de aplicarse en el Estado invocante; el contenido material invocada, debe ser respetuoso con los principios fundamentales del ordenamiento europeo.<sup>93</sup>

Otros Estados miembros consideran como elemento integrante de su identidad constitucional la relación del Estado con el fenómeno religioso dentro de la sociedad<sup>94</sup>. Así Hungría en 2018 ha aprobado una reforma del texto constitucional que introduce en el art. R. 4, una cláusula que obliga a todos los órganos del Estado a proteger la identidad constitucional y la cultura cristiana de Hungría; en Francia, la doctrina considera que la laicidad es parte de su identidad constitucional<sup>95</sup>.

---

co en la medida en que sea conveniente y necesario para garantizar que el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro.

<sup>93</sup> Hemos propuesto estos criterios, inspirándonos en los límites que al concepto de orden público europeo expuestos en R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Límites a la construcción de un “orden público europeo” en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)», en *Revista de Derecho Privado Comunitario Europeo*, año 4, n. 8, 2000, pp. 615-616, «cuando la decisión judicial extranjera suponga una violación manifiesta de un principio o norma fundamental del Estado requerido, siempre y cuando la excepción invocada por el Estado se adecue a los objetivos del Convenio de Bruselas (uniformidad en la aplicación nacional) y sea respetuosa con los «principios fundamentales del ordenamiento comunitario».

<sup>94</sup> Han estudiado las consecuencias que la integración europea tendría progresivamente en las instituciones con más tradición histórica en la regulación del fenómeno religioso en Alemania, y en qué medida se podría ver afectada su identidad constitucional, C. WALTER, «Europäische und nationale Identität in der Wechselwirkung: Überlegungen zur Integration durch Verfassungsrecht am Beispiel des Staatskirchenrechts», en W. KLUTH (Hrsg.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, Eine Analyse der Einwirkungen der Europäischen Integration auf die mitgliedstaatlichen Verfassungssysteme und ein Vergleich ihrer Reaktionsmodelle*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007, <https://doi.org/10.5771/9783845204697-65> pp. 65-84 y S. VON ZANTHIER, «Berücksichtigung der nationalen Verfassungsidentität als gemeinschaftsrechtliche Pflicht – exemplarisch beleuchtet am Beispiel des Staatskirchenrechts Kommentar aus der Sicht der Praxis», en W. KLUTH (ed.), *op. cit.*, pp. 85-96.

<sup>95</sup> A. LEVADE, «Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne», en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Hors Série – Colloque Du Cinquantenaire, 3 Novembre 2009, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-con-](https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-con)

Cuando el Reino Unido pertenecía a la Unión Europea, tal vez habría considerado la confesionalidad como parte de su identidad constitucional, puesto que el Monarca es la cabeza de la Iglesia de Inglaterra<sup>96</sup>. No cabe afirmar esto de otros Estados con iglesias nacionales, como Suecia, que también son Monarquías parlamentarias; desde el año 2000, esta situación ya no se mantiene, la cabeza de la Iglesia sueca ha pasado a ser el Sínodo<sup>97</sup>.

Algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que los Estados demandados han invocado la identidad nacional para hacer prevalecer su derecho sobre la ortografía de los apellidos en el Derecho del Estado, solo pueden entenderse, a mi parecer, a la luz de la historia de ese Estado. Para Lituania es una cuestión de identidad nacional la ortografía de los apellidos<sup>98</sup>, porque durante muchos años de su historia el Ducado de Lituania formó parte de Polonia y en la historia más reciente ha tenido una fuerte influencia de la cultura rusa: afirmar el registro de los apellidos según la ortografía de la lengua lituana, es afirmar la independencia del Estado de Lituania.

Letonia<sup>99</sup> consideró que iba en contra de su identidad constitucional, la aplicación de la normativa europea relativa a las retribuciones de los jueces a tiempo parcial. Por su parte, Dinamarca<sup>100</sup>, en el asunto Dansk

---

[seil-constitutionnel-et-l-union-europeenne](#) [19-II-2021] Si las reglas y principios inherentes a la identidad constitucional de Francia no se identifican actualmente, por falta de que el Consejo Constitucional haya tenido la oportunidad de hacerlo, obviamente se plantea la cuestión de su fondo. La mayoría de los comentaristas parecen considerar que el principio de laicismo figuraría indudablemente en él, cuyo ámbito, además, había considerado útil definir el Consejo Constitucional cuando se adopta la decisión relativa al tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

<sup>96</sup> D. McCLEAN, «Estado e Iglesia en el Reino Unido», en G. ROBBERS (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho UCM-Nomos Verlag, Madrid-Baden Baden, 1996, pp. 311 y ss.

<sup>97</sup> Desde el 1 de enero de 2000, la Iglesia luterana dejó de ser la religión de Estado en Suecia. Se abandonó así la tradición de una Iglesia nacional sueca, instaurada en 1593 tras la ruptura con Roma. Desde la aprobación por el Parlamento de esta ley especial sobre la Iglesia luterana, el órgano decisorio de la Iglesia luterana es un sínodo eclesiástico

<sup>98</sup> Sentencia Runevic-Vardin (C-391/09), de 12 de mayo de 2011. Las normas del Estado de Lituania exigen una determinada ortografía que impone que los apellidos procedentes de otro Estado (Polonia) se alteren. Véase P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, nota 6, p. 511.

<sup>99</sup> Sentencia O'Brien (C-393/10), de 1 de marzo de 2012. En este caso, el Estado de Letonia, consideró que iba en contra de su identidad constitucional, la aplicación de la normativa europea relativa a las retribuciones de los jueces a tiempo parcial. Véase P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, nota 6, p. 511.

<sup>100</sup> H. KRUNKE, «Constitutional Identity in Denmark: Extracting Constitutional Identity in the context of a Restrained Supreme Court and a strong Legislature», en CHRISTIAN

Industri (C-441/14 DI)<sup>101</sup>, consideró que el modo en que se computaban unas indemnizaciones por despido en caso de próxima jubilación forma parte de su identidad constitucional, y por tanto debían prevalecer las normas nacionales sobre la Directiva 2000/78/CE. Tanto estas decisiones, como la del Tribunal Constitucional de la República Checa<sup>102</sup> que consideró la declaración del complemento de las pensiones eslovacas de ciudadanos checos residentes en la República checa como contrario al Derecho de la Unión, un acto *ultra vires*, son decisiones de difícil categorización: no se acierta a comprender con qué estructura fundamental (ni derecho fundamental) del Estado respectivo colisiona el Derecho de la Unión.

Por último, cabe también señalar como elementos identitarios de las Constituciones nacionales a determinadas instituciones: para Francia, el «servicio público»<sup>103</sup>; para Irlanda, el referéndum; para Suecia, tal vez el *Ombudsman*.

En síntesis, dentro del ámbito de certeza positivo de la identidad constitucional entrarían aspectos jurídicos que contribuyan a la reafirmación de la soberanía de un Estado, las formas de Estado y de Gobierno (Monarquía parlamentaria o República, Gobierno parlamentario o sistema presidencialista), la división vertical de poderes (Estado unitario o

---

CALLIES y GERHARD VON DER SCHYFF (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multi-level Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, pp. 114 y ss.

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de abril de 2016

<sup>102</sup> (C-399/09), de 22 de junio de 2011. En el caso Landtovà, el Tribunal Constitucional checo consideró que el TJUE había actuado *ultra vires*, al considerar que el complemento de las pensiones eslovacas de ciudadanos checos residentes en la República checa, es contrario al Derecho de la Unión, véase P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, nota 6, p. 509.

<sup>103</sup> La noción identidad constitucional de Francia, aparece por primera vez en la decisión del Consejo Constitucional de 27 de julio de 2006, en los términos siguientes: «la transposición en Derecho interno de una directiva comunitaria resulta de una exigencia constitucional; pertenece al juez comunitario vigilar el cumplimiento de la directiva tanto de las competencias definidas por los tratados como los derechos fundamentales garantizados en el art. 6 del TUE; que no podrá ser de otra manera más que si esta directiva fuera en contra de una regla o de un principio inherentes a la identidad constitucional de Francia» (Cons. Cons. n. 2006-540 DC, 27 Juillet 2006, R. p. 88, tomado de D. ROUSSEAU «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne», en L. BURGORGUE-LARSEN, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Ed. A. Pedone, Paris, 2011, p. 89; en este trabajo pueden verse las decisiones posteriores que han hecho uso de la noción de identidad constitucional de Francia. A. LEVADE, «Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne», en Cahiers du Conseil Constitutionnel, Hors Série – Colloque Du Cinquantenaire, 3 Novembre 2009, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-l-union-europeenne> [19-II-2021].

federal), la relación del Estado con el fenómeno religioso (laicismo, en Francia, cristianismo, en Hungría), y, eventualmente, también determinadas instituciones como la autonomía local, el servicio público<sup>104</sup> o el *Ombudsman*.

En mi opinión, en la medida en que la identidad constitucional se llena de instituciones concretas (como el servicio público o el derecho de huelga), se dificulta su función como principio relacional entre el ordenamiento de la Unión y el de los Estados miembros.

Dentro del ámbito de certeza negativo (es seguro que no puede formar parte de esta noción) de la identidad constitucional se excluirían instituciones o valores que no sean compatibles con el art. 2 del Tratado de la Unión Europea<sup>105</sup>.

### 3.2.1.2. Identidad constitucional y derechos fundamentales

Es en el ámbito de la interpretación de los derechos fundamentales donde, en mi opinión, se presentarán el mayor número de supuestos en los que se invoque la identidad constitucional de los Estados miembros, para interponer excepciones a la primacía del Derecho de la Unión Europea. El problema no es si este o aquel aspecto concreto de la interpretación de un derecho fundamental forma parte o no de la identidad constitucional<sup>106</sup>, sino que las situaciones reales tienen un origen inverso: ¿Cómo puede lograr un Estado que prevalezca su Derecho sobre el Derecho de la Unión? A menudo, la manera de lograrlo del modo más

---

<sup>104</sup> A. LEVADE, «Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne», en *Cahiers du Conseil Constitutionnel, Hors Série - Colloque Du Cinquantenaire, 3 Novembre 2009*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-l-union-europeenne> [19-II-2021] El Presidente de la República sugirió agregar a la laicidad, el derecho de huelga y la noción de servicio público.

<sup>105</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 5, se llega incluso a preguntar si sería preferible, o si deberíamos renunciar a este concepto (junto con el de pluralismo constitucional), como un medio para evitar el avance del populismo, y sostiene que no es esa la solución (G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 6).

<sup>106</sup> El problema quedaría resuelto en todo caso, si se aceptase como anota Á. RODRÍGUEZ, «¿Quién debe ser defensor de la Constitución española?...», p. 342, incluso cuando «la protección que establezca la norma comunitaria, sin situarse por debajo del contenido esencial que para ese derecho establezca la CE, sea más reducida que la establecida por el legislador español. En ese caso, la norma comunitaria no sería inconstitucional, ni con respecto al Tratado, que sólo exige una interpretación en armonía con la tradición constitucional estatal (no con lo que disponga su legislador), ni con respecto a la CE, pues el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución supone otorgar al legislador comunitario una libertad de configuración para desarrollar el ejercicio en su ámbito de un determinado derecho fundamental que no debe ser más reducida que la que tiene el legislador interno en el suyo».

eficaz e incontrovertible es invocando la identidad constitucional. Se corre el riesgo de que los Tribunales Constitucionales nacionales utilicen su propio concepto de identidad nacional, usando el art. 4, 2 del Tratado de la Unión Europea como una especie de escudo capaz de garantizar una inmunidad universal frente a la primacía supranacional<sup>107</sup>. Esto ha llevado a Martinico a afirmar que se trata de un concepto subversivo, porque es potencialmente susceptible de representar un peligro para la interpretación uniforme y la aplicación del Derecho supranacional<sup>108</sup>. Sin embargo, a mi juicio, no se puede prescindir de la identidad constitucional, porque aparece en el texto del Tratado de la Unión Europea, y porque, como ha señalado García Roca, siguiendo a Mortati, «es necesario un principio unificador de carácter sustancial frente a exigencias sociales siempre en renovación; no es posible una unidad abstracta del Estado»<sup>109</sup>.

Martinico apunta con acierto que «la idea del primado absoluto del Derecho de la Unión Europea (aplicable incluso en el caso de conflicto con normas constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales) ha venido a menos; se ha debilitado al menos de modo claro en los casos *Omega* y *Dynamic Medien*, afirmándose que principios constitucionales no considerados tradiciones constitucionales comunes, sino presentes sólo en el Estado miembro interesado en la decisión se consideran una excepción a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea, gracias a una relectura de los motivos de orden público previstos en los Tratados»<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 12.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 13. Otros autores sitúan a la reforma constitucional de Hungría entre los casos de Constitucionalismo abusivo (junto con Colombia, y Venezuela) D. LANDAU, «Abusive Constitutionalism», en *University California Davis Law Review*, vol. 47, 11-2013, pp. 189-260, especialmente pp. 208-211.

<sup>109</sup> J. GARCÍA ROCA, «De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, pp. 208, en nota 109.

<sup>110</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 10. Con posterioridad, la Corte Constitucional italiana (asunto Consob, C-481/19), invocó nuevamente su identidad constitucional, como una peculiaridad dentro de las tradiciones constitucionales comunes, pero el caso no fue resuelto sobre la base del respeto a la identidad constitucional, sino atendiendo a que el Derecho derivado de la Unión, debe interpretarse en el marco del respeto a los derechos garantizados en la Carta, *vid.*: R. ALONSO GARCÍA, «La puesta en práctica por la Corte Costituzionale de la protección multinivel de derechos de la UE. Parte II: Asunto Consob», en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR, n. 38, 2021, pp. 1-14 <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2021-02-13-La%20puesta%20en%20pra%CC%81ctica%20por%20la%20corte%20costituzionale%20II.%20Parte%20II%20Asunto%20Consob90.pdf> [7-IV-2021].

También es cierto que existe una vía de diálogo directa entre los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el art. 267<sup>111</sup> del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Véase, por ejemplo, en el Derecho español, el Auto del TCE n. 86/2011, y la STC 26/2014, en respuesta a la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-399/11, pero en ese diálogo uno de los dos Tribunales tiene la última palabra. De este modo, el problema de la identidad constitucional es en verdad irresoluble. Por una parte, su interpretación corresponde a la jurisdicción constitucional de cada Estado miembro, y por otra, en la medida en que aparece en el art. 4, 2 del Tratado de la Unión, corresponde también al Tribunal de Justicia, de modo que éste es también garante de las Constituciones de los Estados, como se ve en el caso *Taricco*<sup>112</sup>.

### 3.2.2. Desde el Derecho de la UE

Desde la perspectiva del Derecho de la UE, las tradiciones constitucionales comunes y la identidad nacional (las estructuras constitucionales de las que habla el art. 4 del Tratado de la Unión Europea)<sup>113</sup>, aun siendo conceptos distintos y autónomos —la autonomía se visibiliza, porque el Tratado de Lisboa los ha colocado en sedes distintas: el art. 4 y el nuevo art. 6 del Tratado de la Unión Europea<sup>114</sup>—, están indudablemente vinculados entre sí (*Martinico, Ruggeri*<sup>115</sup>).

---

<sup>111</sup> Artículo 267. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter

la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

<sup>112</sup> E. DE MIGUEL CANUTO, *op. cit.*, nota 46, pp. 347 y ss.

<sup>113</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 11.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> A. RUGGERI, «Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 7, 2003, pp. 373-399.

La noción de identidad constitucional de los Estados, cumple también una función *ad intra* en el ordenamiento europeo: permite ir dotando de contenido los valores constitucionales compartidos. La identidad europea puede describirse como una identidad constitucional de valores compartidos (art. 2 del Tratado de la Unión Europea), en interacción con las identidades constitucionales de los Estados miembros (art. 4.2. del Tratado de la Unión Europea)<sup>116</sup>. No falta quien tiene una visión escéptica acerca de la identidad europea<sup>117</sup>, y considere que carece de sentido reflexionar sobre ella<sup>118</sup>. En cambio, a juicio de otros autores (Wischmeyer), la identidad nacional no debe ser considerada como una norma de resistencia, sino como un concepto que ayude a vincular las Constituciones de los Estados miembros (*Verfassungsverbundbegriff*). La identidad constitucional puede servir como instrumento de comunicación entre el ordenamiento jurídico europeo y los sistemas constitucionales nacionales (y sus Tribunales Constitucionales respectivos). En opinión de Wischmeyer, la identidad nacional o constitucional (emplea estos términos como sinónimos) de los Estados de la Unión debe ser protegida porque el reconocimiento de las identidades nacionales es esencial para que los ciudadanos reconozcan el orden constitucional como algo propio, y porque renunciar a la identidad constitucional podría significar una ruptura (no un desarrollo evolutivo) con las reglas de un determinado sistema constitucional nacional<sup>119</sup>.

Aunque se haya puesto de manifiesto la «progresiva convergencia del lenguaje utilizado por los tratados europeos y las constituciones nacionales»<sup>120</sup>; no obstante, en mi opinión, el uso del término «identidad

---

<sup>116</sup> J. F. SÁNCHEZ BARILAO, «Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización», en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, año 12, n. 2, 2014, pp. 75-78.

<sup>117</sup> G. ZAGREBELSKY, «La identidad europea», en *ReDCE*. Año 6, n. 12. Julio-diciembre/2009, p. 21, «la apelación a una identidad a la que debemos ser fieles, en la pluralidad de las experiencias de un pasado (que más conflictivo de lo que ha sido, no podría haber sido), no es sino un recurso para reforzar estratégicamente las diversas posiciones que se encuentran en el campo de batalla, por considerarlas incompatibles».

<sup>118</sup> G. ZAGREBELSKY, «La identidad europea»..., p. 20, «gran parte de las discusiones sobre la identidad europea carecen de contenido. En particular está completamente falto de sentido interrogarse si es un concepto objetivo o subjetivo; si es un dato natural que proviene de la historia de la que somos hijos, o es una tarea artificial que tenemos que asumir; si pertenece a la “naturaleza”, o a la “cultura” de una sociedad».

<sup>119</sup> T. WISCHMEYER, «Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven», en *Archiv des öffentlichen Recht*, 140, 2015, p. 428; a estas razones, precede otra: porque ha superado el test que le permite ser generalizable, que es un prerrequisito para su constitucionalización.

<sup>120</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 9.



constitucional» por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conlleva, de modo inevitable, a un significado no siempre coincidente con el que le otorguen las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros. El fenómeno del empleo de un término por parte de un ordenamiento jurídico que proviene de otro ha sido llamado en el Derecho internacional privado (y en las relaciones entre ordenamientos estatales y ordenamientos confesionales<sup>121</sup>) como «presupuesto». Cuando un ordenamiento jurídico toma un concepto que proviene de otro, la experiencia interpretativa demuestra que el paso del tiempo puede dar lugar a que el concepto experimente cambios, y que llegue a alcanzar significados no exactamente coincidentes en cada ordenamiento<sup>122</sup>.

En efecto, así ocurre en el Derecho europeo, «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mostrado siempre una cierta inclinación a apropiarse de categorías nacidas en el Derecho interno, tratándolas como conceptos autónomos del Derecho de la UE y, por tanto, sin adaptarse necesariamente a la lectura que le da la interpretación nacional en la cual tiene su contexto de origen esa norma»<sup>123</sup>. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el concepto de identidad constitucional es más dinámico, y por tanto más flexible, que en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales nacionales<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Según la teoría de las relaciones entre ordenamientos jurídicos, aplicada a las relaciones entre un ordenamiento confesional y el de un Estado, hablamos de «presupuesto», cuando para entender el significado que un término jurídico tiene en un ordenamiento jurídico, hay que acudir a la definición que de ese término se hace en otro ordenamiento. PIRSON, D., «Kirchliches Recht in der weltlichen Rechtsordnung», en H. BRUNOTE, K. MÜLLER y R. SMEND (Hrsg.), *Festschrift für E. Ruppel*, Hamburg, 1968, pp. 27 y ss., al estudiar las relaciones entre Derecho confesional y Derecho secular ha distinguido tres categorías: 1.<sup>a</sup>, el empleo por el Derecho estatal de categorías cuyo significado tiene un origen eclesiástico; 2.<sup>a</sup>, la referencia del Derecho secular a actos jurídicos de las Iglesias; y 3.<sup>a</sup>, la recepción de relaciones jurídicas de Derecho confesional en el Derecho secular. Este autor sostiene que, aunque el origen de un concepto sea un Derecho confesional, ello no impide que posteriormente ese concepto jurídico evolucione de modo distinto en cada ordenamiento

<sup>122</sup> Además de la técnica del presupuesto, en las relaciones entre ordenamientos jurídicos, hay que tener en cuenta la técnica del reenvío material y el reenvío formal. El reenvío formal es la atribución de una determinada competencia a los órganos de producción del Derecho de otro ordenamiento jurídico; el reenvío material es sólo la remisión a una norma material de otro ordenamiento, sin atribución de competencia a sus fuentes formales. Sobre estas dos técnicas en el ámbito constitucional, *vid.*: J. F. SÁNCHEZ BARILAO, *op. cit.*, pp. 68-72.

<sup>123</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 9.

<sup>124</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, nota 7, p. 504, «parece legítimo concluir que el compromiso de la Unión de respetar las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros».

Si, como hemos visto, la función *ad intra* tiene un contenido positivo: dotar de contenido el concepto de valores constitucionales compartidos, tiene también un contenido negativo (de autolimitación de los órganos europeos), especialmente por lo que respecta a las estructuras fundamentales de los Estados miembros (*vid. infra* ap. 3.2.1.1.) y siempre que los derechos fundamentales de un Estado miembros estén garantizados de modo más amplio en el ordenamiento nacional que en el europeo (*vid. infra* ap. 3.2.1.2.). En todo caso, para los órganos de la UE (singularmente para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), la invocación de la identidad constitucional por parte de los Estados no podrá impedir la primacía del Derecho de la UE. Parece innecesario recordar que la primacía de este Derecho, presupone la competencia de la Unión<sup>125</sup>.

### 3.3. CONSIDERACIÓN FINAL

A pesar de las dificultades expuestas, algo se puede apuntar sobre aquello que constituye los ámbitos de certeza negativo y positivo de la «identidad constitucional».

Por lo que se refiere al ámbito de certeza negativo, nos parece que puede afirmarse: 1.º Es seguro que la identidad constitucional (o identidad nacional) no puede ser utilizada para justificar violaciones de los valores fundantes de la Unión Europea y de los derechos humanos, que son patrimonio común, en el sentido del art. 2 del Tratado de la Unión Europea<sup>126</sup>. 2.º También es seguro que no se puede leer el art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea como fuente autónoma que deroga el respeto al principio de la primacía del Derecho europeo, por la referencia al principio de competencia que caracteriza el texto del art. 4.2.<sup>127</sup> La prescripción del art. 4,2 hay que leerla en un contexto de atribución de competencias. Por ello, queda excluida la tentación de un uso unilateral del concepto de identidad constitucional.<sup>128</sup>

Por su parte, el ámbito de certeza positivo, cabe sintetizarlo como sigue: Es seguro que la identidad constitucional debe interpretarse en el contexto del art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea que codifica el

<sup>125</sup> § 51 y ss. de la sentencia M.A.S. y M.B. (C-42/17), de 5 de diciembre de 2017. *Vid.* E. DE MIGUEL CANUTO, *op. cit.*, nota 46, pp. 365-366.

<sup>126</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 20.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 19.

concepto de la leal cooperación.<sup>129</sup> García Vitoria ha puesto de manifiesto que «conjugando esta interpretación de la primacía con el principio de cooperación leal entre la Unión y los Estados, la Corte [constitucional italiana] defendió un determinado reparto de tareas con el Tribunal de Justicia en la determinación de la identidad constitucional. Propuso que corresponda al Tribunal de Justicia la tarea de definir el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y el significado de sus normas, mientras que los Tribunales Constitucionales de cada Estado valoren si la norma comunitaria respeta los principios supremos del ordenamiento constitucional y cuáles de estos principios forman parte de su identidad constitucional».<sup>130</sup>

En la zona de duda, es decir, aquellos aspectos sobre los que es necesario seguir interpretando, hay que señalar al menos los siguientes: Es dudoso que una jurisdicción constitucional nacional esté vinculada a sus propios precedentes en la interpretación de qué sea su propia identidad constitucional (o sus contra-límites), y también es dudoso si las garantías procesales entran o no dentro de lo que para un Estado sea una garantía esencial de un derecho fundamental<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 7, y p. 12, «under such a pluralistic understanding, the answer to the question of who has the ultimate power to decide on issues of national identity is that there is no definitive answer as there is no final arbiter in a composite system of European constitutional adjudication. The ensuing potential for conflict is tamed by the mutual duty to cooperate» (siguiendo a A. v. Bogdandy y S. Schill).

<sup>130</sup> I. GARCÍA VITORIA, «La participación de los Tribunales constitucionales en el sistema europeo de derechos fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte constitucional italiana y el Tribunal de Justicia en el asunto Taricco)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, 67, Julio-Septiembre 2018, p. 146.

<sup>131</sup> I. GARCÍA VITORIA, *op. cit.*, nota 130, p. 148, «Una interpretación restrictiva de la identidad constitucional. También merece ser reseñada la posición del Abogado General en relación con el respeto a la identidad constitucional. Sostuvo que tal identidad constitucional no incluye la aplicación del principio de legalidad penal a las normas sobre prescripción. Admitió que la jurisprudencia constitucional es competente para establecer el alcance y el rango que tiene un principio en el ordenamiento constitucional italiano (párrafo 182) [...]. Sin embargo el Abogado General consideró que la Corte Constitucional no podía realizar esta calificación de manera discrecional, sino que estaría vinculada por sus precedentes. Subrayó que la Corte Constitucional había afirmado en el pasado que únicamente el «núcleo duro» de un principio fundamental actuaría como contra-límite a la integración, excluyendo las diferentes instituciones jurídicas en las que este derecho puede manifestarse concretamente y evolucionar a lo largo de la historia y en función de las exigencias de esta última (párrafo 182). En otras palabras se apeló a la existencia de diferentes círculos de los derechos fundamentales, para destacar que el carácter sustantivo de la prescripción penal respondería a la actual configuración de la institución en el Código Penal. En segundo lugar, el Abogado General consideró que la posición de la Corte Constitucional en Taricco II resultaba contradictoria con las observaciones presentadas por Italia en el asunto Gauweiler,

Asimismo, es dudoso si el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales<sup>132</sup> permite o no a las autoridades judiciales de un Estado miembro oponerse al cumplimiento de la obligación establecida por el Derecho comunitario, alegando que dicha obligación no respeta el estándar de protección más alto de los derechos fundamentales garantizado por la Constitución de dicho Estado<sup>133</sup>. El abogado General aconsejaba que prevaleciera el art. 53 de la Carta, en el caso Melloni, pero no fue lo decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En mi opinión, los eventuales conflictos que pudieran suscitarse entre Derecho europeo y nacional en materia de derechos fundamentales, deberían resolverse, mediante lo previsto en el art. 53 de la Carta<sup>134</sup>. Quizá no sea superfluo añadir que, además de lo expuesto, parece que la interpretación del principio de respeto a la identidad constitucional, se requiere «empatía»<sup>135</sup> o lo se ha llamado una «perspectiva conciliadora y no conflictiva»<sup>136</sup>, para resolver los conflictos entre ambos ordenamientos.

#### 4. La identidad constitucional española

Conviene tener presente que el Tribunal Constitucional español no ha hecho uso del concepto de identidad constitucional como lo han hecho las jurisdicciones constitucionales de otros Estados miembros (Francia, Hungría, Austria, Dinamarca, República Checa, Lituania o Letonia); singularmente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte

---

donde se excluían las garantías procesales, por importantes que estas sean del procedimiento denominado de los contra-límites (párrafo 185)».

<sup>132</sup> H. KRÄMER, «Art. 53», en K. STERN y M. SACHS (Hrsg.), *Europäische Grundrechte-Charta Kommentar*, C.H. Beck, München, 2016, pp. 833-834.

<sup>133</sup> I. GARCÍA VITORIA, *op. cit.*, nota 130, p. 147.

<sup>134</sup> A. TORRES PÉREZ, «Constitutional Identity and fundamental rights: the intersection between articles 4(2) TEU and 53 charter», en A. SÁIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 141-157, pone de manifiesto las dificultades de armonizar el art. 4, 2 del Tratado de la Unión y el art. 53 de la Carta.

<sup>135</sup> R. ALONSO GARCÍA, «La Constitución Española en el contexto de la Unión Europea», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 59, 2019, p. 528, anota la necesidad de que el Tribunal de Justicia, aunque sea el intérprete supremo del Derecho de la Unión, debe adoptar «lecturas empáticas o tolerantes hacia las bases constitucionales de los Estados miembros».

<sup>136</sup> A. RUGGIERI, «Struttura e dinámica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 7, 2003, pp. 373-339.

Constitucional Italiana (*controlimiti*)<sup>137</sup>. El concepto de «contralímites» de la doctrina y jurisprudencia italianas equivalen a la identidad constitucional<sup>138</sup>. Cuando algún autor señala elementos que manifiestan cierta evolución entre los contralímites que inicialmente invocaba la Corte Constitucional italiana y el actual uso de las identidades constitucionales, no se refiere a un cambio de significado de estos términos, alude a que, al haberse recogido el respeto a la identidad constitucional en el Tratado de la UE, se ha multiplicado su invocación por los Tribunales constitucionales de los Estados miembros<sup>139</sup>.

España ni siquiera lo mencionó en el caso Melloni, como destacó el Abogado general en sus propias conclusiones<sup>140</sup>. No obstante, el Tribunal Constitucional sí ha declarado —refiriéndose a los preceptos que se refieren a la identidad nacional y a los valores comunes de la UE (antiguos art. I-5.1 y I-2)—, «dichos preceptos, entre otros, vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores y principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocible tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal...» los límites a los que se referían las reservas de las jurisdicciones constitucionales de otros Estados aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio tratado». La primacía se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales». <sup>141</sup> Esto supone, en mi opinión, que las identidades nacionales (o constitucionales) no pueden con-

---

<sup>137</sup> M. CLAES y J.-H. REESTMAN, *op. cit.*, nota 21, p. 934, advierten que son conceptos sinónimos. Entre la abundante doctrina sobre los contralímites, véase A. RUGGERI, «Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 102, 2003. S. ROMBOLI, «Los contra-límites en serio» y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional Italiana», en *ReDCE*. Año 14, n. 28, julio-diciembre, 2017, pp. 145-184. D. CAMONI RODRÍGUEZ, «Corte Costituzionale Italiana y doctrina de los contralímites: El (difícil) camino hacia una plena integración jurídica europea», en *Revista de Estudios Europeos*, n. 75, enero-junio, 2020, pp. 165-178

<sup>138</sup> Como ejemplo de esta identidad de significado entre identidad constitucional y contralímites, citamos las palabras de F. BALAGUER CALLEJÓN en el prólogo a F. VECCHIO, *op. cit.*, nota 36, p. 20, para quien «el respeto a la identidad constitucional, de los Estados, uno de los grandes logros del Tratado de Lisboa, la europeización de los contralímites —esa expresión italiana que ha hecho fortuna en toda Europa— presenta algunos inconvenientes notables desde el punto de vista de la primacía [...]».

<sup>139</sup> F. VECCHIO, *op. cit.*, nota 36, pp. 125 y ss.

<sup>140</sup> G. MARTINICO, *op. cit.*, nota 7, p. 13.

<sup>141</sup> F. J. MATÍA PORTILLA, *op. cit.*, nota 81, p. 346, tomado de la DTC 1/2004, FD3.

siderarse de modo absolutamente separado de las tradiciones constitucionales y los valores comunes de la Unión.

Partimos, pues, de que en el caso de la identidad constitucional española, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado aspectos de su contenido (existencia del Estado y sus estructuras básicas, así como sus valores y principios y derechos fundamentales) y su contexto interpretativo: el proceso de integración europea.

En nuestra doctrina, se han señalado como métodos para delimitar la identidad constitucional, los preámbulos<sup>142</sup>, la ponderación de la importancia de los preceptos dentro de la propia Constitución, las cláusulas de eternidad o intangibilidad, admitiendo que también hay rastros de la identidad constitucional fuera del propio texto constitucional<sup>143</sup>.

Por lo que se refiere al criterio de la prelación de contenidos materiales de normas dentro de la propia Constitución, el texto vigente de 1978, no contiene una jerarquización formal o estructural de sus disposiciones con fines interpretativos.<sup>144</sup> Nuestro Tribunal Constitucional resuelve los conflictos entre normas constitucionales atendiendo al vínculo que cada una de ellas tiene con los valores y principios esenciales y en ausencia de consideraciones jerárquicas entre ellas.<sup>145</sup> Por tanto, en el fondo, se produce una valoración jurisprudencial que conduce a una ponderación material o sustancial y tiene como consecuencia la prevalencia de ciertas normas sobre otras en función de su contenido.<sup>146</sup> Este delicado trabajo

---

<sup>142</sup> C. GREWE, «Methods of identification of National Constitutional Identity», en A. SÁIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 37-48, señala como método para identificar la identidad constitucional, la comparación entre preámbulos y preceptos relativos a la reforma constitucional; a su juicio, ahí se encuentra la esencia de una Constitución.

<sup>143</sup> M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, *op. cit.*, nota 7, p. 330.

<sup>144</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y J. LEGUINA VILLA (avec le concours de J. GARCÍA ROCA, y M. SÁNCHEZ MORÓN), «La hiérarchie des norms constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux», Rapport espagnol présenté à la VIII Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990), (Traduit par P. Bon), en *Annuaire international de justice constitutionnelle* Année Trib, 1992 6-1990, [https://www.persee.fr/issue/aijc\\_0995-3817\\_1992\\_num\\_6\\_1990](https://www.persee.fr/issue/aijc_0995-3817_1992_num_6_1990) [19-III-2021], pp. 99-100.

<sup>145</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y J. LEGUINA VILLA (avec le concours de J. GARCÍA ROCA y M. SÁNCHEZ MORÓN), *op. cit.*, nota 128, p. 100.

<sup>146</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y J. LEGUINA VILLA (avec le concours de J. GARCÍA ROCA y M. SÁNCHEZ MORÓN), *op. cit.*, nota 128, p. 132, analizando un buen número de sentencias (pp. 126-131), anotan un criterio esencial para la resolución de conflictos entre normas constitucionales, es dar preferencia a los derechos fundamentales y libertades públicas en sentido estricto (sin incluir a los derechos proclamados en la sección segunda del capítulo segundo del título I); en caso de que el conflicto se produzca entre dos

exige que el intérprete de la Constitución se vea obligado a elegir entre las diferentes interpretaciones posibles, aquella que según él corresponde mejor a los principios fundamentales o a mandatos determinados, no siempre formulados con suficiente precisión, que designan una Constitución material<sup>147</sup> o sustancial (algunos autores hablan de identidad constitucional), situada como fundamento de la norma suprema y que debe ser aplicada con preferencia<sup>148</sup>. Ello equivale de algún modo a admitir una relación jerárquica entre preceptos constitucionales<sup>149</sup>.

Los tres procedimientos que permitirían establecer una cierta jerarquización de las prescripciones contenidas en la Constitución son<sup>150</sup>: 1.º Los procedimientos simple y reforzado de reforma de la Constitución (*infra* ap. 4.3.); 2.º La graduación en las garantías de los derechos y libertades reconocidos en el título I y 3.º La noción de «bloque de la constitucionalidad»<sup>151</sup> que la justicia constitucional española utiliza como parámetro de control de las leyes (art. 28, 1 de la LOTC).

A mi parecer, a pesar de las fundadas objeciones a la jerarquización de normas dentro de la propia Constitución, entre las que cabe citar que

---

derechos fundamentales en sentido estricto, y si no es posible compatibilizar su ejercicio individual, se tiene en cuenta la dimensión institucional de cada uno desde la perspectiva de los valores superiores y principios básicos del orden democrático (así, suele prevalecer el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor, por su importancia para la democracia).

<sup>147</sup> Definición de Jellinek de Constitución material «conjunto de normas que regulan la constitución, las funciones y las competencias de los órganos superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado» (O. BACHOF, *op. cit.*, nota 31, p. 59) Definición de Smend de Constitución material es «el sistema integrado por aquellas normas que forman parte esencial de la pretensión jurídico-positiva de determinar la función del pueblo en un orden integrador» (p. 59) «no cualquier norma formalmente constitucional tiene la consideración de Derecho constitucional material con función integradora» (p. 59).

<sup>148</sup> SHU-PERNG HWANG, «Vorrang der Verfassungsidentität als Herausforderung für die Rechtsordnung der Europäischen Union?», en *Der Staat*, Vol. 56, n. 1 (2017), pp. 107-132.

<sup>149</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER Y J. LEGUINA VILLA (avec le concours de J. GARCÍA ROCA y M. SÁNCHEZ MORÓN), *op. cit.*, nota 128, p. 100 Con frecuencia la dificultad de este trabajo de exégesis obliga a los tribunales constitucionales ante el silencio del poder constituyente a tomar posición sobre la jerarquización de valores o de normas, actividad que presenta el riesgo comprometer su independencia cuando son forzados a elegir entre las diferentes opciones que pueden ser deducidas del texto constitucional, en lugar de descartar simplemente aquellas que se demuestran incompatibles con la norma fundamental.

<sup>150</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER Y J. LEGUINA VILLA (avec le concours de J. GARCÍA ROCA y M. SÁNCHEZ MORÓN), *op. cit.*, nota 149, p. 100.

<sup>151</sup> I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Redefinir el bloque de constitucionalidad 25 años después», en *Estudios de Deusto*, vol. 54/1, enero-junio 2006, pp. 61-98.

la primacía jurídica de la Constitución se proyecta sobre la ley, pero no entre los propios preceptos constitucionales<sup>152</sup> y que la interpretación sistemática de la Constitución, en la que ésta es concebida como un todo coherente y absoluto, en el cual cada precepto recibe su valor y su sentido en dependencia de los demás<sup>153</sup>, es innegable, sin embargo, que la Constitución contiene un sistema de valores que le da un sentido al ordenamiento jurídico, y que constituye el fundamento del consenso político<sup>154</sup>, y, por tanto, no solo es inevitable una jerarquización material, sino que la Constitución misma sería incomprensible sin ella. Al negar que los preceptos constitucionales deben entenderse como una «superficie plana», sin preceptos que por su contenido destaquen sobre los demás, no se niega que los principios constitucionales deban ser interpretados como constituyendo un todo armónico.<sup>155</sup>

La Constitución española recibe una serie de principios generales del Derecho que vinculan a todos los poderes públicos e irrigan el orden jurídico, que debe ser interpretado conforme a ellos. Por esto se ha dicho que el ordenamiento jurídico no está compuesto sólo por normas escritas<sup>156</sup>, sino también por valores y principios que conforman las instituciones y organizan el sistema jurídico en general. El lugar de estos principios en el seno de las fuentes del Derecho y su aplicación otorga a la jurisprudencia y a la doctrina un papel importante en su concreción<sup>157</sup>.

---

<sup>152</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y J. LEGUINA VILLA (avec le concours de J. GARCÍA ROCA y M. SÁNCHEZ MORÓN), *op. cit.*, nota 149, p. 100.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>156</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, «La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. especial, 2008, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/4048/516> señala que «las costumbres constitucionales, al igual que la reforma constitucional o la jurisprudencia del TC son instrumentos para hacer frente a las necesidades constitucionales de la sociedad. Históricamente esas necesidades se han situado en el Estado centralizado en las relaciones entre los poderes del Estado. En la actualidad, sin embargo, el ámbito donde las necesidades constitucionales se evidencia con mayor intensidad es el de las relaciones entre ordenamientos: en el nivel europeo y el autonómico. En la medida en que en esos niveles no se haga frente a las necesidades constitucionales mediante la reforma constitucional, la jurisprudencia o los instrumentos que dan flexibilidad al sistema, existe la posibilidad de que aparezca el derecho consuetudinario como alternativa».

<sup>157</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y J. LEGUINA VILLA (avec le concours de J. GARCÍA ROCA y M. SÁNCHEZ MORÓN), *op. cit.*, nota 149, p. 107.



Por ello, nos parece preferible exponer el contenido de nuestra identidad constitucional, siguiendo tres vías: 1.<sup>a</sup> Los límites a la integración europea; 2.<sup>a</sup> Los intentos de ruptura de la unidad del Estado, y 3.<sup>a</sup> Las reformas a la Constitución.

#### 4.1. LÍMITES A LA INTEGRACIÓN EUROPEA

En la doctrina española la identidad constitucional se trata en estrecha conexión con la integración europea<sup>158</sup>. Con objeto de reflejar expresamente este proceso de integración, cuando se ha debatido una posible reforma constitucional en España, se ha planteado la posibilidad de introducir una cláusula general<sup>159</sup> sobre la UE que, sin que se configure formalmente como una cláusula de eternidad, sea la formulación de la cláusula de la identidad nacional que la UE tendría la obligación de respetar. El texto de la cláusula europea que se propuso es el siguiente:

1. *España participa en el proceso de la integración europea y, con este fin, el Estado español, sin mengua de los principios consagrados en este Título preliminar, coopera con los demás Estados miembros a través de instituciones comunes en la formación de una Unión comprometida con el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales.*

2. *La prestación del consentimiento para la ratificación de los tratados a través de los que se lleva a cabo la participación de España en la integración europea requerirá la previa participación de las Cortes Generales por mayoría absoluta. Si no hubiera acuerdo entre ambas, el Congreso por mayoría de tres quintos, podrá autorizar la celebración de dichos tratados.*

3. *Dentro del marco establecido en el apartado 1, los Tratados de la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias serán aplicables en España en los términos definidos por el propio Derecho de la Unión.*

---

<sup>158</sup> J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Constitutional Identity in Spain: Commitment to European Integration without giving up the essence of Constitution», en C. CALLIES y G. VON DER SCHYFF (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press 2020. R. BUSTOS GISBERT, «National Constitutional Identity in European constitutionalism: revisiting the tale of the emperor's new clothes in Spain?», en A. SÁIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 75-91, propone la constitucionalización de «cláusulas europeas» en las Constituciones de los Estados; en concreto del español.

<sup>159</sup> J. GARCÍA ROCA (ed.), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Cizur menor (Navarra), 2014, pp. 30-31.

Esta propuesta doctrinal, en el fondo coincidente con el Dictamen del Consejo de Estado<sup>160</sup>, difiere en cuanto a la ubicación en la que debe incluirse la cláusula de identidad nacional, que debería ser un art. 9 *bis*, con objeto de que figura en el título preliminar de la CE. La diferencia de ubicación sería relevante por lo que se refiere a la identidad constitucional. Si se considerase que forman parte de la identidad constitucional todos los preceptos que requieren forma agravada de reforma, este eventual art. 9 *bis* inmediatamente estaría incluido dentro del contenido de la identidad constitucional española.

Así pues, de esta primera vía de aproximación a la identidad constitucional española, habría que concluir que forman parte de ella los principios consagrados en el título preliminar (arts. 1-9 inclusive y el propio 9 *bis*, si se introdujera). Dicho de otro modo, identificar cuáles serían los límites que nuestra Carta Magna establece a la integración europea, es un modo de concretar la identidad constitucional.<sup>161</sup>

#### 4.2. LÍMITES A LA RUPTURA DE LA UNIDAD DEL ESTADO

De la lectura de la jurisprudencia constitucional reciente, se pueden extraer también algunos elementos de nuestra identidad constitucional: debe estar la «identidad del sujeto soberano»<sup>162</sup> (el pueblo español). Lo cual supone que «para ninguno de los “pueblos de España”, por servirnos de las palabras del preámbulo de la Constitución, existe un derecho de autodeterminación entendido [...] como un “derecho” a promover y consumir la secesión unilateral del Estado en el que se constituye España».<sup>163</sup> En el mismo sentido han de interpretarse los términos pronunciados por el Tribunal Constitucional, afirmando que «la redefinición

<sup>160</sup> Informe sobre modificaciones de la Constitución española, febrero 2006. <https://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf> [19-II-2021].

<sup>161</sup> R. ALONSO GARCÍA, «La Constitución Española en el contexto de la Unión Europea», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 59, 2019, p. 501.

<sup>162</sup> STC 114/2017, de 24 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 4334-2017, interpuesto por el Abogado del Estado en nombre del Presidente del Gobierno frente a la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada «del referéndum de autodeterminación», FJ 1. Sobre esta sentencia, puede verse, A. TORRES GUTIÉRREZ, «La Deriva Soberanista en Cataluña: Pronunciamientos del TC, Declaración Unilateral de Independencia y medidas del Gobierno al amparo del art. 155 de la Constitución», en *Civitas Europa*, n. 39, 2017/2, pp. 203-233.

<sup>163</sup> STC 114/2017, de 24 de octubre, FJ 2.

de la identidad y unidad del sujeto de la soberanía es cuestión que ha de encauzarse a través del procedimiento de reforma previsto en el art. 168, por la vía de referéndum de revisión constitucional»<sup>164</sup> o que «una Comunidad Autónoma no puede convocar una consulta popular que desborde el marco de competencias propias o incida sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resulten sustraídas a la decisión de los poderes constituidos»<sup>165</sup>.

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional habla de «principios esenciales de nuestro sistema constitucional» para referirse a «la soberanía nacional residenciada en el pueblo español, la unidad misma de la Nación constituida en Estado social y democrático de Derecho, y la propia supremacía de la Constitución a la que están sujetos todos los poderes públicos»<sup>166</sup>, ya que el art. 1,2 es base de todo nuestro ordenamiento jurídico<sup>167</sup>.

Esta jurisprudencia constitucional explicita algunos de los principios contenidos en el título preliminar de la Constitución; no se añaden contenidos nuevos. Más aún, toda vez que los principios que enuncia el art. 1,1, CE son a su vez valores comunes a los Estados miembros de la Unión Europea (art. 2 del Tratado de la Unión Europea)<sup>168</sup>, puede haber dificultades para considerarlos como elementos de la identidad constitucional española. En mi opinión, los límites a la identidad constitucional de los Estados miembros —cuando se trate de la función *ad extra* de este principio— no pueden identificarse con los «objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad», que sí son límites de los derechos humanos contenidos en la Carta europea<sup>169</sup>. Este criterio, estimamos que es coherente con nuestra propuesta (*supra* ap. 3.2.1.2. *in fine*) de que en caso de conflicto en la interpretación de los derechos fundamentales, debe aplicarse el art. 53 de la Carta.

El hecho de que los principios esenciales de la identidad constitucional de un Estado miembro, sean al mismo tiempo valores comunes de la Unión refuerza la necesidad de hacer el Derecho europeo más receptivo al Derecho Constitucional nacional<sup>170</sup>. Como se ha puesto de manifiesto,

---

<sup>164</sup> STC 114/2017, de 24 de octubre, FJ 3.

<sup>165</sup> STC 114/2017, de 24 de octubre, FJ 3.

<sup>166</sup> STC 114/2017, de 24 de octubre, FJ 5.

<sup>167</sup> STC 114/2017, de 24 de octubre, FJ 5.

<sup>168</sup> STC 114/2017, de 24 de octubre, FJ 5.

<sup>169</sup> Á. RODRÍGUEZ, «¿Quién debe ser defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 3, 2005, p. 338.

<sup>170</sup> M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, *op. cit.*, nota 7, p. 352.

«es ingenuo afirmar que el contenido material del principio de primacía (aplicación preferente de cualquier norma de la Unión Europea sobre cualquier norma del ordenamiento español, incluida la Constitución) se ve enmarcada por el respeto a la identidad nacional, los valores de la Unión y la Carta Europea de Derechos Humanos, porque todos esos parámetros serán, en su caso, sometidos al Tribunal de Luxemburgo que, como es bien sabido, no se ve vinculado en su labor por las Constituciones Estatales.<sup>171</sup> A la vez, frente a la resistencia constitucional nacional (a través del uso de la identidad constitucional), la respuesta debería ser un diálogo judicial continuo y activo.<sup>172</sup>

La DTC 1/2004 manifiesta que «lo mejor sería que ambos tribunales [el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea] tuvieran en cuenta las normas del otro ordenamiento en la interpretación de las normas del propio». Quizá ese diálogo sería más fácil si Europa tuviera una verdadera Constitución, porque estaríamos en una situación semejante a la de un Estado federal<sup>173</sup>. Si la Unión Europea tuviera una verdadera Constitución, se podría afirmar que la primacía del Derecho de la Unión Europea es parte de la identidad constitucional europea, y que debe ser interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto a la luz de las tradiciones constitucionales comunes como de las identidades constitucionales nacionales, «entendidas como las estructuras constitucionales fundamentales propias de cada ordenamiento constitucional nacional».<sup>174</sup>

En suma, la jurisprudencia constitucional española reciente en materia de límites a la ruptura de la unidad del Estado ha subrayado unos elementos esenciales de la Constitución española que son a la vez valores comunes de la Unión Europea. Esta jurisprudencia más que contribuir a determinar la identidad constitucional española, subraya la necesidad de que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como los

<sup>171</sup> F. J. MATÍA PORTILLA, *op. cit.*, nota 144, p. 348.

<sup>172</sup> M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, *op. cit.*, nota 7, p. 351.

<sup>173</sup> Á. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, nota 169, p. 344, «la defensa de la Constitución española (y la de cada uno de los Estados miembros) no puede diferenciarse de la de la propia Constitución europea pues aquellas (a modo de constituciones parciales) no son disociables de ésta. En efecto, no debería generar mucha polémica la idea de que si las tradiciones constitucionales de los Estados miembros formarían parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. I-9.3 CEu), e integrarían, también por obra del propia tratado constitucional, el parámetro de constitucionalidad europeo (art. II-112.4 CEu), alguien debería seguir encargado de declarar con fuerza jurídicamente vinculante cuáles son estas tradiciones».

<sup>174</sup> M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, *op. cit.*, nota 7, p. 351.

Tribunales Constitucionales interpreten simultáneamente los valores comunes de la Unión Europea y las identidades nacionales como principios de integración.

### 4.3. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

#### 4.3.1. *Línea de máximos: ¿Artículos de la Constitución que exigen la vía del art. 168 para su reforma?*

En este apartado, hay que dejar al margen aquellos contenidos constitucionales (Constitución material<sup>175</sup>), que son esenciales para que pueda hablarse de Constitución<sup>176</sup>, ya que no formarían parte de la identidad constitucional de un determinado Estado miembro, sino que constituirían un requisito *sine qua non* de cualquier Constitución<sup>177</sup>. Al procedimiento agravado de reforma de la CE se le ha llamado versión *light* de las cláusulas de eternidad<sup>178</sup>. Si las cláusulas de eternidad, en las Constituciones que cuentan con ellas, son la esencia de la identidad constitucional, ¿sería correcto afirmar que la identidad constitucional española está integrada por los preceptos constitucionales que exigen una reforma agravada? En mi opinión, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa.

---

<sup>175</sup> El término Constitución material, no se emplea siempre en el mismo sentido, ni siquiera para referirse al mismo ordenamiento jurídico. Como puso ya de relieve O. BACHOF, *op. cit.*, nota 31, p. 90, nota 88, adhiriéndose a la opinión de von Mangoldt, en el ordenamiento alemán, se considera Constitución material al orden fundamental que se deriva de la Constitución formal condicionado por un orden preexistente integrado por los derechos del hombre y por el derecho consuetudinario. Sobre el Derecho constitucional no escrito, S. SCHRÖDER, «Ungeschriebenes Verfassungsrecht im Bundesstaat zum 100. Gründungsjahr des Deutschen Bundesstaats, Teil I», en *Der Staat*, 1966, pp. 137-161 y Teil II, en *Der Staat*, 1966, pp. 315-340.

<sup>176</sup> B. ALÁEZ CORRAL, *Límites materiales a la reforma de la Constitución española*, CEPC, Madrid, 2000. E. BELDA PÉREZ-PEDRERO, «Los límites a una reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, pp. 261-288, recoge la idea de los límites materiales implícitos. Sobre el origen en la doctrina francesa, véase la nota 16.

<sup>177</sup> B. ALÁEZ CORRAL, «Reforma constitucional y concepto de Constitución», en B. ALÁEZ CORRAL, (coord.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, CEPC, Madrid, 2020, pp. 23-59.

<sup>178</sup> Aunque también se ha puesto de manifiesto su «debilidad», al ser susceptible de ser reformado por el procedimiento no agravado. Véase J. ÁLVAREZ SUÁREZ, «La modificación del artículo 168 de la Constitución Española a través del procedimiento ordinario de reforma», en *Revista Española de Derecho Político*, n. 108, mayo-agosto 2020, pp. 219-246.

La rigidez propia de los procedimientos de reforma de la Constitución se ve matizada por las mutaciones constitucionales (*supra*, ap. 3.1. *in fine*), de modo que aún en Constituciones rígidas como la nuestra<sup>179</sup>, la interpretación tiende más a “aflojar” la rigidez que a convertir en cláusulas pétreas los procedimientos agravados de reforma. Recuérdese, que el Consejo de Estado en los dictámenes (50/91, de 20 de junio y 421/92, de 9 de abril), concluyó que el art. 93 de la Constitución española permitía la ratificación de los tratados sin reforma constitucional previa, porque la vía del art. 93 permite entender que los preceptos constitucionales que el Tratado contradice quedarían modificados, rompiendo así la rigidez propia de los mecanismos de revisión constitucional<sup>180</sup>.

Si no puede sostenerse que todos los preceptos que exigen un procedimiento agravado de reforma (Título preliminar, Capítulo segundo, Sección primera del Título I, y Título II), formen parte del contenido de nuestra identidad constitucional; en cambio, sí es correcto afirmar que para que una institución o contenido forme parte de nuestra identidad constitucional, debe estar contenida dentro de los preceptos que exigen procedimiento agravado de reforma. En el apartado siguiente pasamos a sugerir algunos contenidos, dentro de los que están garantizados por el procedimiento del art. 168, que podrían incluirse en la identidad constitucional española.

#### 4.3.2. *Línea de mínimos: sólo algunos elementos*

Como ya se ha mencionado, el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004, de 13 de Diciembre, fija como límites a la primacía del Derecho comunitario el que «las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no pueden, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución».<sup>181</sup> Parece, por tanto, que el contenido del preámbulo de la Constitución Española estaría en todo caso entre aquellas partes del texto constitucional que describen cuál es nuestra identidad cons-

<sup>179</sup> P. DE VEGA, *op. cit.*, nota 75, pp. 38-53, sobre la rigidez de la Constitución; sobre la reforma constitucional en el ordenamiento español vigente, pp. 128 y ss.

<sup>180</sup> Así se recoge en el Informe de febrero 2006, pp. 68-69. J. FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, *El principio de prevalencia del ordenamiento estatal*, Dykinson, Madrid, p. 73, sostiene que «no es admisible más que una evolución de nuestra Constitución. Pero no su desplazamiento y menos aún la defensa de su mutación».

<sup>181</sup> Dictamen Consejo de Estado, febrero 2006, p. 70.

titucional.<sup>182</sup> La apertura al Derecho internacional es una marca de identidad de la Constitución española vigente (art. 10, 2). Por similitud con los Estados que han incluido entre su identidad constitucional la relación del Estado con el fenómeno religioso (laicismo, en Francia; cristianismo en Hungría), podría considerarse incluida la «neutralidad cooperativa» con las confesiones religiosas como parte de la identidad constitucional española<sup>183</sup>.

El Tribunal Constitucional ha calificado de violación flagrante y gravísima de nuestro sistema constitucional cuando se lesiona por vía de ley autonómica la Monarquía parlamentaria como forma política del Estado Español y el procedimiento agravado de reforma constitucional previsto en el propio texto<sup>184</sup>. Sin embargo, a mi parecer no estaríamos en este caso ante un contenido susceptible de integrarse en la identidad constitucional. Como hemos señalado *supra*, a nuestro juicio, la identidad constitucional no es un concepto jurídico indeterminado sino un principio relacional, cuya función es la integración de dos ordenamientos jurídicos el nacional y el europeo. En este sentido principios como el Estado social y democrático de Derecho, la jerarquía normativa, la neutralidad (o la laicidad o el cristianismo), la apertura al Derecho internacional, sí son susceptibles de ejercer una función integradora y a la vez garante de las identidades nacionales. En cambio, instituciones concretas (como el referéndum en Irlanda, el servicio público en Francia o la Monarquía parlamentaria en España) no se ajustan a la función de un principio integrador (por más que puedan ser dignas de garantizarse), y, por tanto, no deben ser incluidas dentro de la identidad constitucional.

#### 4.3.3. ¿Una reforma constitucional inconstitucional?

Como ya se anotó (*supra* ap. 4), uno de los modos de aproximarse a los parámetros para ponderar la importancia de las normas en la propia Constitución, es el criterio de aquellos preceptos que requieren una reforma agravada (*supra* ap. 4.3.1.). Esta prelación de unos preceptos constitucionales sobre otros por su contenido material, llevada al extremo de sus últimas consecuencias, conduce a plantear la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales. Esta hipótesis —que no es ajena a

---

<sup>182</sup> M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, *op. cit.*, nota 7, pp. 325-326.

<sup>183</sup> P. TENORIO SÁNCHEZ, «Constitutional identity from the perspective of Spanish Constitutional Court», en *Constitutione e Religione*, 2/3, 2013, pp. 237-252.

<sup>184</sup> Sobre esto, véase, STC 114/2017, de 24 de octubre, FJ 4.

nuestra doctrina<sup>185</sup>— es clara en los textos constitucionales con cláusulas de eternidad<sup>186</sup>. En estos ordenamientos, la cuestión que se plantea es si una reforma constitucional que incluyese un precepto contrario a la cláusula de eternidad, sería inconstitucional, y quién sería el órgano competente para decidir sobre su inconstitucionalidad<sup>187</sup>. Krüger «afirma una competencia de control jurisdiccional en lo que se refiere a la adecuación de una norma constitucional con otras normas constitucionales de superior rango»<sup>188</sup> y se muestra «contrario a la suposición de que toda norma plasmada en un documento constitucional posee la misma naturaleza y rango que cualquier otra disposición incluida en el mismo»<sup>189</sup>.

«Pero incluso en esos ordenamientos, se discute también (y ello es plenamente aplicable al nuestro) si el juicio de constitucionalidad al incluir los valores superiores del ordenamiento jurídico incluye también un Derecho *metapositivo* como parámetro de constitucionalidad<sup>190</sup>. Ipsen, reconoce de un lado, con alusión a Hippel, que a la “Constitución”

---

<sup>185</sup> P. MELLADO PRADO y Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, «En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la Constitución Española de 1978», en *Revista de Derecho Político*, 22, 1986, pp.175-193. <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:Derechopolitico-1986-22-B0C34038> [23-III-2021]

<sup>186</sup> «Es pensable una “inconstitucionalidad” de las normas constitucionales (ubicadas en un mismo plano), que tampoco puede ser excluida de control jurisdiccional. Eso es lo que se deriva del hecho de que la Constitución en el art. 79,3 declare intangibles algunas de sus normas» (O. BACHOF, *op. cit.*, nota 31, p. 28).

<sup>187</sup> «Si se llevase a cabo una reforma de dichas materias bajo la forma de una ley constitucional —ya sea consciente o inconscientemente, por el desconocimiento sobre el alcance de las normas modificadas o de las declaradas intangibles—, la norma de reforma reclamaría para sí ser considerada una norma constitucional eficaz y, sin embargo, sería al mismo tiempo inconstitucional con relación a la norma constitucional «intangible» en vigor hasta ese momento. No veo ningún motivo para que en ese caso no pueda ser solicitada la intervención del Tribunal Constitucional. Al contrario cae dentro de una de sus funciones consustanciales como defensor de la Constitución». (O. BACHOF, *op. cit.*, nota 31, p. 29) «Junto a ello ha de distinguirse, por un lado, la cuestión jurídico-material de si y bajo qué circunstancias una norma constitucional puede ser inconstitucional o —en tanto que no caiga en alguna ocasión bajo el concepto de inconstitucionalidad— si puede ser inválida por la contradicción del derecho suprallegal y, por otro lado, la cuestión jurídico-procesal sobre la correspondiente competencia jurisdiccional para su control, particularmente de los tribunales constitucionales» (O. BACHOF, *op. cit.*, nota 31, p. 30).

<sup>188</sup> O. BACHOF, *op. cit.*, nota 31, p. 50.

<sup>189</sup> *Ibid.*, pp. 50-51.

<sup>190</sup> Cccta 21tional Identity...rechos garantizados en la e el dentro de las que eston frecuencia, la pregunta sobre la invalidez de las normas constitucionales se encuentra vinculada a su posible contradicción con un derecho suprallegal (preestatal, supraestatal, metapositivo, natural); ello muestra que la cuestión sobre la posibilidad de admitir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales o, en general, de normas constitucionales inválidas



como parámetro de constitucionalidad, pertenecen también los denominados “principios constitutivos implícitos del espíritu constitucional”<sup>191</sup>. A su juicio, y también al de Bachof, queda fuera de toda duda que el Derecho *metapositivo* una vez que se ha positivado pertenece a la Constitución<sup>192</sup>. Desde una concepción más positivista, la inclusión material de dichos valores supremos en un sistema constitucional bajo la actualización de derechos fundamentales, con carácter vinculante para el legislador, implica su sometimiento a la «Constitución» y, por tanto, «eximiría al titular de la competencia judicial de control de la tarea de aplicar sobre la norma objeto de control algo más allá o por encima de las reglas valorativas contenidas en la Constitución misma»<sup>193</sup>.

Dicho de otro modo, al enjuiciar si un precepto constitucional es inconstitucional, ¿el control de constitucionalidad debe hacerse considerando que el parámetro de constitucionalidad se apoya en una concepción material de la Constitución o la competencia de control jurisdiccional se limita a la adecuación de las normas solo formalmente constitucionales?<sup>194</sup> Si esta cuestión se responde afirmando que el parámetro de constitucionalidad incluye la Constitución material (no sólo la formal), entonces, el derecho consuetudinario, puede ser, desde luego, un fundamento para el control judicial en tanto que el ordenamiento jurídico haya reconocido al Derecho consuetudinario como fuente de Derecho constitucional<sup>195</sup>.

Trasladando al Derecho español estas aportaciones, cabe suponer que la primera posibilidad de una reforma constitucional inconstitucional, sería modificar el art. 168 de la Constitución por la vía de la reforma no agravada. Podrían haberse seguido las normas procedimentales del art. 167, para reformar el 168, y los preceptos resultantes serían inconstitucionales<sup>196</sup>, sin recurrir al Derecho *metapositivo*, ni a un concepto de Constitución material (y, por tanto, tampoco al Derecho constitucional

---

lidas, así como su enjuiciamiento, representa en la práctica un importante y actual problema constitucional» (O. BACHOF, *op. cit.*, nota 31, pp. 29-30).

<sup>191</sup> O. BACHOF, *op. cit.*, nota 31, p. 47.

<sup>192</sup> *Ibid.*, pp. 67-68.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>196</sup> P. DE VEGA, *op. cit.*, nota 75, p. 299. A juicio de este autor, sin embargo, «si la misión del Tribunal Constitucional reside en proteger al poder constituyente y soberano del pueblo, frente a la acción de los poderes constituidos, su función revisora y de control de la reforma termina desde el momento en que es el propio pueblo quien, a través del referéndum, participa en ella» (p. 300).

consuetudinario), bastaría con una interpretación sistemática de la Constitución.

Ahora bien, la hipótesis de que la reforma del art. 168 por la vía de 167, permitiera, a su vez, reformar todos los preceptos sometidos al procedimiento agravado de reforma, no convierte por ello ni al art. 168 (ni a todos los preceptos por él garantizados) en contenidos de la identidad constitucional española. En mi opinión, los argumentos expuestos en este apartado (4.3.3.), no modifican lo que se ha expuesto en los anteriores (ap. 4.3.1. y 4.3.2.). La identidad constitucional española debe comprender sólo algunos aspectos de los que requieren reforma agravada, como los señalados en la DTC 1/2004 y la STC 114/2017 (ap. 4.1. y 4.2.).

La argumentación de la posibilidad de reformas constitucionales inconstitucionales, nos lleva a pensar que, incluso aunque la identidad constitucional (identidad nacional) no estuviera recogida en el texto del art. 4, 2 del Tratado de la Unión Europea, no se podría prescindir totalmente de este concepto; ciertamente, se podría prescindir del término (esto ya también se puede hacer ahora: en Italia se denomina a la identidad constitucional «controlimiti»), pero no de alguna expresión que designe el contenido sustancial o esencial de la Constitución material (eso es, en el fondo, la identidad constitucional). Lo que sí se deriva de su inclusión en ese precepto es su función jurídica como principio integrador y garante de los dos ordenamientos jurídicos (nacional y europeo), dentro del respeto mutuo de las propias competencias. La interpretación leal y cooperativa de este principio no debe llevar a exigir a los órganos de la Unión (particularmente al Tribunal de Justicia) que se sometan a un mandato de optimización en su interpretación.

#### 4.4. RECOPIACIÓN

La función de la identidad constitucional *ad intra* puede atribuirse en España a los preceptos constitucionales para los que se exige una reforma agravada. Los constituyentes no establecieron ninguna cláusula de eternidad en nuestra Constitución, y no sería una interpretación correcta del texto constitucional intentar descubrirla ahora.

Los elementos de la identidad constitucional *ad extra* en nuestra Constitución, quizá serían aún menos amplios que los elementos *ad intra*. Corresponde al Tribunal Constitucional, en la medida en que se planteen conflictos jurídicos como el planteado en el caso Melloni, ir concretando cuál sea nuestra identidad constitucional.

En mi opinión, el hecho de que otros Estados miembros hayan considerado parte de su identidad constitucional aspectos tan puntuales como la ortografía de los apellidos o el cómputo de las retribuciones de los jueces a tiempo parcial, no debe llevar a España a imitar esa interpretación del concepto de identidad constitucional *ad extra*. Por el contrario, la identidad constitucional ha de interpretarse como un «núcleo duro» irreductible de nuestro ordenamiento jurídico (un contenido esencial *Wesensgehalt*), y que, por tanto, nunca podrá ser una cuestión accidental, por importante que esta sea para la resolución de un conflicto judicial concreto.

El concepto de orden público tampoco resulta una ayuda definitiva para determinar cuál es la identidad constitucional española. Como se ha puesto de manifiesto, «para poder dotar a la cláusula de orden público de un sentido y una función clara y estable hay que desechar la idea de que nos hallamos ante un problema de límites, pues se trata de un “problema de delimitación constitucional, de interpretación unitaria y sistemática de la Constitución”. Este procedimiento hermenéutico se fundamentaría en analizar los antecedentes históricos de esta cláusula para observar las funciones que esta ha desempeñado a lo largo de la historia constitucional y comparándola con la interpretación que le otorga el actual Tribunal Constitucional y con el derecho comparado, podremos obtener el sentido y función de esta figura»<sup>197</sup>. Como se recordará el origen de la expresión *Verfassungsideutität* era éste precisamente, acudir a la interpretación de la Constitución en su conjunto, y su contenido depende de la función, que decide el Tribunal Constitucional. Puesto que, en último término, qué sea la identidad constitucional de cada Estado miembro depende de la interpretación que haga su Tribunal Constitucional, se confirma nuevamente que este concepto refuerza la posición de las jurisdicciones constitucionales nacionales.

## 5. Consideraciones Finales

Conviene advertir que en la medida en que se otorgue importancia al concepto de «identidad constitucional» se aumenta el poder de los Tribunales Constitucionales de los Estados; más aún si se interpreta que el

---

<sup>197</sup> J. C. MONTALVO ABIOL, «Concepto de orden público en las democracias contemporáneas», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 22, 2010, p. 204, siguiendo a De Bartolomé Cenzano.

concepto de «identidad constitucional» no está ligado a ninguna exigencia formal (o dicho de otro modo, no se limita al contenido de las cláusulas de eternidad), y puede ser interpretado más allá de las eventuales cláusulas de eternidad o de los contenidos garantizados por procedimientos de reforma agravados.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las tradiciones constitucionales comunes parecen identificarse con los valores o los principios comunes de la Unión Europea; por su parte, en la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros, la identidad constitucional parece identificarse más bien con las estructuras fundamentales del Estado: división vertical de poderes (Estado federal o unitario), forma política de la Jefatura del Estado (monarquía o república), etc. Mientras el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales de los Estados permanece en este contexto, no parece que los problemas pongan en juego ni la soberanía de los Estados, ni la primacía del Derecho de la UE; ahora bien, cuando determinadas formas del cómputo de la prescripción penal se consideran integrantes de la identidad constitucional, cuando la ortografía de los apellidos se considera esencial a la República, o cuando el cálculo de una indemnización o la forma del pago de los salarios temporales es considerado como algo que afecta a la identidad nacional, a nuestro parecer, es necesario replantearse la función y el contenido de este concepto.

La cláusula de «identidad nacional» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene a jugar una función similar a la que desempeña el concepto de «margen de apreciación nacional» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>198</sup>. En mi opinión, resulta preferible el concepto del margen de apreciación nacional al de identidad nacional o constitucional.

La interpretación del concepto de identidad constitucional en el ámbito de su función *ad extra* es una competencia compartida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones constitucionales nacionales.

Se ha afirmado que «la estabilidad de una Constitución depende, ante todo, de en qué medida es capaz de satisfacer su función integrado-

---

<sup>198</sup> L. M. LÓPEZ GUERRA, «National identity and the European Convention on Human Rights», en A. SÁIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 305-321, ya abordó la identidad constitucional, asimilándola al principio de respeto al margen de apreciación nacional.

ra respecto de la comunidad constituida por ella. Y es que, por muy completa que fuese su defensa jurisdiccional, ésta no sería capaz de garantizar por sí misma la estabilidad de una Constitución en la que se encontrase ausente esa función»<sup>199</sup>; este deseo de que normas como el Tratado de la Unión Europea cumplan una función integradora, lleva a sugerir tanto que el Tribunal de Justicia interprete el concepto de identidad nacional con flexibilidad, como que las jurisdicciones constitucionales de los Estados no invoquen su identidad constitucional como un arma arrojadiza, para impedir la primacía del Derecho de la Unión.

## 6. Bibliografía

- ALÁEZ CORRAL, BENITO, «Reforma constitucional y concepto de Constitución», en ALÁEZ CORRAL, BENITO (coord.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, CEPC, Madrid, 2020, pp. 23-59.
- *Límites materiales a la reforma de la Constitución española*, CEPC, Madrid, 2000.
- ALCOBERRO LLIVINA, C., *Identity and Diversity in EU Law: Contextualising Article 4(2) TEU*, Tesis doctoral dirigida por Alejandro Sáinz Arnáiz, en la Universidad Pompeu Fabra, 2014, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=186481> [2-X-2020].
- ALONSO GARCÍA, RICARDO, «La Constitución Española en el contexto de la Unión Europea», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 59, 2019, pp. 495-522
- «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 73, 2005, pp. 339-364.
- «La puesta en práctica por la Corte Costituzionale de la protección multinivel de derechos de la UE. Parte I: Saga Taricco», en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR, n. 37, 2020, pp. 1-13 <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2020-12-20-La%20puesta%20en%20práctica%20por%20la%20Corte%20Costituzionale%20de%20la%20protección%20multinivel%20de%20derechos%20en%20la%20UE.pdf> [7-IV-2021].
- «La puesta en práctica por la Corte Costituzionale de la protección multinivel de derechos de la UE. Parte II: Asunto Consob», en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR, n. 38, 2021, pp. 1-14 <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2021-02-13-La%20puesta%20en%20pra%CC%81ctica%20por%20la%20corte%20costituzionale%20II.%20Parte%20II%20Asunto%20Consob90.pdf> [7-IV-2021].

---

<sup>199</sup> O. BACHOF, *op. cit.*, nota 31, p. 27.

- ÁLVAREZ SUÁREZ, JUAN, «La modificación del artículo 168 de la Constitución Española a través del procedimiento ordinario de reforma», en *Revista Española de Derecho Político*, n. 108, mayo-agosto 2020, pp. 219-246.
- ANSCHÜTZ, GERHARD, *Die Verfassung des Deutschen Reiches. Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14. Aufl. 1933 Unveränd. fotomech. Nachdr. der 14. Aufl., Berlin 1933, Verlag Gehlen, Bad Homburg, 1968.
- ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015.
- BACHOF, OTTO, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Perú, 2020. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32756.pdf> [23-III-2021]. Traducción del original «Verfassungswidrige Verfassungsnormen?», en BACHOF, OTTO, *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, ed. Athenaum, Königstein, 1979, pp. 1 y ss.
- BADURA, PETER, § 160. «Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht», en ISENSEE, JOSEPH y KIRCHHOF, PAUL. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, VII, Heidelberg, 1992, pp. 57-77.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, ENRIQUE, «Los límites a una reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, pp. 261-288.
- BILFINGER, CARL, «Gesetzesumgehung und Verfassungsumgehung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 49, 1926, pp. 163-191.
- «Verfassungsfrage und Staatsgerichtshof», en *Zeitschrift für Politik*, 20, 1931, pp. 81-99.
- BON, PIERRE, «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, enero-abril, 2014, pp. 167-188.
- BOROWSKI, MARTIN, «La ponderación en la estructura jerárquica del Derecho, en Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario», María Elósegui Itxaso (dir. Congr.), 2016, pp. 71-100, y en Jornadas «Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales», organizadas en colaboración de la Fundación Alexander von Humboldt, los días 24 y 25 de marzo de marzo de 2015, en el Palacio de la Aljafería, sede de las Cortes de Aragón. pp. 43-69 <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/la-ponderacion-en-la-estructura-jerarquica-del-derecho> [23-III-2021].
- BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, 2011.
- BUSTOS GISBERT, RAFAEL, «National Constitutional Identity in european constitutionalism: revisiting the tale of the emperor's new clothes in Spain?», en SÁIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 75-91.

- CANTARO, ANTONIO, «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”. La integración “protegida”», en *ReDCE*. Año 7, n. 13, enero-junio, 2010, pp. 121-164.
- CLAES, MONICA y REESTMAN, JAN-HERMAN, «The protection of national constitutional identity and the limits of European Integration at the occasion of the Gauweiler Case», en *German Law Journal*, vol. 16, n. 4, pp. 917-970.
- CLOOTS, ELKE, «National Identity, Constitutional Identity and Sovereignty in the EU», en *Netherlands Journal of the Legal Philosophy*, 45, 2016, pp. 82-95. [https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2016/2/NJLP\\_2016\\_045\\_002\\_006.pdf](https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2016/2/NJLP_2016_045_002_006.pdf) [28-XI-2020].
- CLOOTS, ELKE, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015.
- CRUZ VILLALÓN, P. y PARDO FALCÓN, J., «Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 97, enero-abril 2000, pp. 65-154. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3621/4384> [1-XI-2020].
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «La Constitución del Estado Miembro», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 12, 2016, pp. 26-30.
- «La identidad constitucional de los estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, 2013, pp. 501-514.
- DE MIGUEL CANUTO, ENRIQUE, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como garante de derechos constitucionales en los Estados: la doctrina Taricco», en *Revista de Derecho Político*, n. 110, enero-abril 2021, pp. 347-376.
- DE VEGA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ed. Tecnos, Madrid, 1985.
- La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia, en II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución, 2006, pp. 1-27 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5768404> [13-IV-2021].
- DÍAZ CREGO, M., «El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales», en GARCÍA ROCA J. / FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (eds.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, 2009, pp. 55-77.
- DI FEDERICO, G., *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2*, TUE, Napoli, 2017.
- DRINÓCZI, TÍMEA, «The identity of the constitution and constitutional identity: Opening up a discourse between the Global South and Global North», en *Iuris Dictio*, June, 21, 2018, pp. 63-80. DOI: 10.18272/iu.v21i21.1015.
- FABBRINI, F. y SAJÓ, A., «The danger of constitutional identity», en *European Law Journal*, 2019, pp. 1 y ss.
- FARAGUNA, P., *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 2016.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, JORGE, *El principio de prevalencia del ordenamiento estatal*, Dykinson, Madrid.
- GARCÍA ROCA, JAVIER (ed.), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Ed. Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- GARCÍA ROCA, JAVIER, «De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, pp. 181-222.
- *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010.
- GARCÍA VITORIA, IGNACIO, «La participación de los tribunales constitucionales en el sistema europeo de derechos fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia en el asunto Taricco)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, 67, 2018, pp. 139-164.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, ROSSANA, «Límites a la construcción de un “orden público europeo” en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)», en *Revista de Derecho Privado Comunitario Europeo*, año 4, n. 8, 2000, pp. 593-618.
- GRABENWARTER, CHRISTOPH; HUBER PETER, M.; KNEZ, RAJKO y ZIEMELE, INETA, «The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network», en *European Public Law*, Volume 27, Issue 1, 2021, pp. 43-62.
- GREWE, CONSTANCE, «Methods of identification of National Constitutional Identity» en SÁIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 37-48.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO, «La democracia intangible. Sobre la interpretación del art. 79.3 de la Ley Fundamental en la doctrina alemana», en ALÁEZ CORRAL, BENITO (Coord.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, CEPC, Madrid, 2020, pp. 187-227.
- HÄBERLE, PETER, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Aufl., Berlin, 1998.
- HABERMAS, JÜRGEN, «Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 72, 2012, pp. 1-44.
- HAIN, KARL-E., «Art. 79», en HUBER P. M. y VOSSKUHLE, A. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, begründet von v. Mangoldt, Klein y Starck, vol. 2, 7. Aufl., C.B. Beck, München, 2018, pp. 2217-2309.
- «Art. 79», en HUBER P. M. y VOSSKUHLE, A. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, begründet von v. Mangoldt, Klein y Starck, vol. 2, 7. Aufl., C.B. Beck, München, 2018, pp. 2217-2309.



- HAURIU, MAURICE, Précis élémentaire de Droit Constitutionnel, 2. Ed., 1930, pp. 81 y ss.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, JUAN ANTONIO, «Exhaustividad del RGPD y estándares de protección del principio de legalidad sancionadora», en *Derecho Digital e Innovación*, n. 2, Abril-Junio 2019, pp. 1-12.
- HUFEN, CHRISTIAN, «Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff» en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 5, 2010, pp. 603-607 [http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010\\_5\\_373.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_5_373.pdf) [25-III-2021].
- «Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff» en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 5, 2010, pp. 603-607 [http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010\\_5\\_373.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_5_373.pdf) [25-III-2021].
- HWANG, SHU-PERNG, «Vorrang der Verfassungsidentität als Herausforderung für die Rechtsordnung der Europäischen Union?», en *Der Staat*, Vol. 56, n. 1 (2017), pp. 107-132.
- INGOLDT, ALBERT, «Die Verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 140, 2015, pp. 1 y ss.
- ISENSEE, J., «Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?», en *Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts. Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen vom 1. bis 5. Oktober 2002, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 62 De Gruyter | 2003 p. 208 <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806.117/html> [1-XI-2020].
- KEMPEN, OTTO ERNST, «Historische und aktuelle Bedeutung der „Ewigkeitsklausel« des Art. 79 Abs. 3 GG. Überlegungen zur begrenzten Verfassungsautonomie der Bundesrepublik», en *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Vol. 21, No. 2 (Juli 1990), pp. 354-366 <https://www.jstor.org/stable/24224789> [9-XI-2020].
- KLEMENT, JAN HENRIK, «Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik», en *Juristenzeitung*, 2008, pp. 756-763.
- KORTVELYESI, ZSOLT Y MAJTÉNYI, BALÁZS, «Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary», en *German Law Journal* 18(7), December 2017, DOI: 10.1017/S2071832200022513, pp. 1721-1744.
- KRÄMER, HANNES, «Art. 53», en STERN KLAUS/ SACHS MICHAEL (Hrsg.), *Europäische Grundrechte-Charta Kommentar*, C.H. Beck, München, 2016, pp. 830-838.
- KRUNKE, H., «Constitutional Identity in Denmark: Extracting Constitutional Identity in the context of a Restrained Supreme Court and a strong Legislature», en CALLIES, CHRISTIAN y VON DER SCHYFF, GERHARD (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, pp. 114 y ss.

- LANDAU, DAVID, «Abusive Constitutionalism», en *University California Davis Law Review*, vol. 47, 11-2013, pp. 189-260,
- LEVADE, ANNE, «Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne», en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Hors Série - Colloque Du Cinquantenaire, 3 Novembre 2009, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-l-union-europeenne> [19-II-2021].
- LIENBACHER, G. y LUKAN, M., «Constitutional Identity in Austria: Basic principles and Identity beyond the abolition of the Nobility», en CALLIES, CHRISTIAN y VON DER SCHYFF, GERHARD (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, pp. 41-58.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS MARÍA, «National identity and the European Convention on Human Rights», en SÁIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 305-321.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO, «Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 95, 2018, pp. 25-25.
- MARTÍ, JOSÉ LUIS, «Two different ideas of Constitutional Identity: identity of the constitution v. identity of the people», en SÁIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA, CARINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 17-36
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ, «Constitutional Identity in Spain: Commitment to European Integration without giving up the essence of Constitution», en CHRISTIAN CALLIES y GERHARD VON DER SCHYFF, *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, edited by Cambridge University Press 2020.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, MÓNICA, «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial», en *Revista de Derecho político*, n. 105, mayo-agosto 2019, pp. 315-358.
- MARTINICO, GIUSEPPE, «Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE», en *DPCE*, 2020/3, pp. 3961-3981. <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1101/1057> [9-XI-2020].
- MATÍA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER, «Dos Constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de Diciembre)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74, 2005, pp. 341-360.
- «Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 479-522. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.1>.

- MAYER, FRANZ. C., «Der Ultra vires-Akt. Zum PSPP-Urteil des BVerfG v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u. a.», en *Juristenzeitung*, vol. 75, 2020, pp. 725-734.
- MCCLEAN, DAVID, «Estado e Iglesia en el Reino Unido», en ROBBERS, GEHARD (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho UCM-Nomos Verlag, Madrid-Baden Baden, 1996, pp. 311-327.
- MELLADO PRADO, PILAR y GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA, «En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la Constitución Española de 1978», en *Revista de Derecho Político*, 22, 1986, pp. 175-193. <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:Derechopolitico-1986-22-B0C34038> [23-III-2021].
- MILLET, F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, 2013.
- MONTALVO ABIOL, JUAN CARLOS, «Concepto de orden público en las democracias contemporáneas», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 22, 2010, pp. 197-222.
- MURSWIECK, DIETRICH, Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen, Freiburg im Br, 2008, <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers.php> [9-XI-2020].
- NETTESHEIM, MARTIN, «Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon Entscheidung des BVerfG», en NJW, 2009, p. 2867.
- NÚÑEZ POBLETE, MANUEL, «Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona», en *Revista ius et praxis*, año 14, n. 2, pp. 331-372.
- OHLER, CHRISTOPH, § 238 «Ordre Public», en ISENSEE, JOSEPH y KIRCHHOFF, PAUL. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, XI Bd., C. F. Müller, Heidelberg, 3. Ed., 2013, pp. 453-473.
- PERNICE, I., «Carl Smitt, Rudolf Smend und die europäische Integration», en *Archiv des öffentlichen Recht*, 100, 1995, pp. 100-120.
- PFERSMANN, OTTO, «Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 99, septiembre-diciembre, 2013, pp. 17-60.
- POLZIN, MONIKA, *Verfassungsidentität: Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, Tübingen, 2018.
- POSCHER, RALF, «Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand», en *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, 4, 2010, pp. 349-372. <https://doi.org/10.5771/1868-8098> [23-III-2021].
- QUESNELL, MARTIN, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Dalloz, 2015.

- RESSING, MAXIMILIAN, «Prinzipien als Normen mit zwei Geltungsebenen Zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 95, n. 1, 2009, pp. 28-48.
- ROCA, MARÍA J., «La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Programa de Compra de Bonos por el Banco Central Europeo: el control ultra vires y la primacía del Derecho Europeo», en “*Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*” DPCE online, 2020/2, pp. 2845-2856.
- RODE, KARLHEINZ, *Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie. Anmerkungen zu einem Mythos der Deutschen Staatsrechtslehre*, Peter Lang Verlag, 2012.
- RODRÍGUEZ, ÁNGEL, «¿Quién debe ser defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», en *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 3, 2005, pp. 327-356.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y LEGUINA VILLA, J. (avec le concours de GARCÍA ROCA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.), «La hiérarchie des norms constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux», Rapport espagnol présenté à la VIII Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990) (Traduit par P. Bon), en *Annuaire international de justice constitutionnelle Année Trib*, 1992 6-1990 pp. 99-132. [https://www.persee.fr/issue/aijc\\_0995-3817\\_1992\\_num\\_6\\_1990](https://www.persee.fr/issue/aijc_0995-3817_1992_num_6_1990) [19-III-2021].
- ROSSENFELD, M., «Constitutional Identity», en ROSSENFELD, M. y SAJÓ, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, pp. 756 y ss.
- RUGGIERI, ANTONIO, «Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 7, 2003, pp. 373-339.
- SAINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- SÁNCHEZ BARILAO, JUAN FRANCISCO, «Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización», en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, año 12, n. 2, 2014, pp. 55-108.
- SÁNCHEZ LEGIDO, ÁNGEL, «El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (A propósito de la STC 58/2004)», en *Derecho Privado y Constitución*, n. 18. Enero-Diciembre 2004, pp. 307-443.
- SCHMITT, CARL, «Die Wendung zum totalen Staat», en *Europäische Revue* Jahrgang 7, Heft 4, 1931, pp. 241-250.
- SCHMITT, CARL, *Verfassungslehre*, 1928, 11. Aufl, 2017 Duncker & Humblot, Berlín, 2017.
- SCHRÖDER, SEBASTIAN, «Ungeschriebenes Verfassungsrecht im Bundesstaat zum 100. Gründungsjahr des Deutschen Bundesstaats, Teil I», en *Der Staat*, 1966, pp. 137-161 y Teil II, en *Der Staat*, 1966, pp. 315.340.
- SOMMERMANN, KARL-PETER, «Herkunft und Funktionen von Verfassungsprinzipien in der Europäischen Union», en BAUER, HARMUT y CALLIESS, CHRIS-

- TIAN (ed.), *Verfassungsprinzipien in Europa*, Societas Iuris Publici Europaei (SIPE), Athens – Berlin- Bruxelles, 2008, pp. 15-44.
- TENORIO SÁNCHEZ, PEDRO, «Constitutional identity from the perspective of Spanish Constitutional Court», en *Constitutione e Religione*, 2/3, 2013, pp. 237-252.
- TORRES GUTIÉRREZ, ALEJANDRO, «La Deriva Soberanista en Cataluña: Pronunciamientos del TC, Declaración Unilateral de Independencia y medidas del Gobierno al amparo del art. 155 de la Constitución», en *Civitas Europa*, n. 39, 2017/2, pp. 203-233. <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2017-2-page-203.htm> [23-III-2021].
- TORRES PÉREZ, AIDA, «Constitutional Identity and fundamental rights: the intersection between articles 4(2) TEU and 53 charter», en SÁIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y ALCOBERRO LLIVINA CARINA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 141-157.
- VAN DER SCHYFF, GERHARD, «EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 76, 2016, pp. 167-191.
- VECCHIO, FAUSTO, *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- VIDAL-NAQUET, ARIANE, Comment se forge l'identité constitutionnelle? Le rôle du législateur et du juge, en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01794769/document> [19-II-2021].
- VON BOGDANDY, ARMIN, «Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?», p. 157, nota 3, «Verfassungsidentität umfasst hingegen jene Gehalte der sozialen Identität, die durch Verfassungsrecht geprägt sind. Kollektive Identität beschreibt die Gleichgerichtetheit der sozialen Identitäten der Mitglieder einer Gruppe».
- «Europäische und Nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht», en *Staatsrechtlehrer Tagung*, pp. 156-
- VON ZANTHIER, SABINE, «Berücksichtigung der nationalen Verfassungsidentität als gemeinschaftsrechtliche Pflicht – exemplarisch beleuchtet am Beispiel des Staatskirchenrechts Kommentar aus der Sicht der Praxis», en KLUTH W. (ed.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, Eine Analyse der Einwirkungen der Europäischen Integration auf die mitgliedstaatlichen Verfassungssysteme und ein Vergleich ihrer Reaktionsmodelle*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1. Edition 2007, pp. 85–96. <https://doi.org/10.5771/9783845204697-65>
- WALTER, CHRISTIAN y VORDERMAYER, MARKUS, «Verfassungsidentität als Instrument richterlicher Selbstbeschränkung in transnationalen Integrationsprozessen», en *JöR*, 63, 2015, pp. 129 y ss.
- WALTER, CHRISTIAN, «Europäische und nationale Identität in der Wechselwirkung: Überlegungen zur Integration durch Verfassungsrecht am Beispiel

- des Staatskirchenrechts», en KLUTH W. (ed.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, Eine Analyse der Einwirkungen der Europäischen Integration auf die mitgliedstaatlichen Verfassungssysteme und ein Vergleich ihrer Reaktionsmodelle*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1. Edition 2007, pp. 65-84. <https://doi.org/10.5771/9783845204697-65>
- WALTER, MAJA, «Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 72 (2012), pp. 177-200.
- WISCHMEYER, THOMAS, «Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven», en *Archiv für öffentliches Recht*, 140, 2015, pp. 415 y ss.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, «La identidad europea», en *ReDCE*. Año 6, n. 12. Julio-diciembre/2009, pp. 17-22.
- *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Ed. Trotta. Madrid, 11.ª ed., 2016, Reimpr. 2019 <https://elibro.net/es/ereader/universidadcomlutense/134323> [23-III-2021].