

Grau en Dret
Treball de fi de Grau (21067)
Curs acadèmic 2012-2013

IDENTIDAD NACIONAL Y SUPREMACÍA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Maria Rodríguez Parareda

120610

Tutor del treball:

Sílvia Morgades Gil



DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, *Maria Rodríguez Parareda*, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Maria Rodríguez Parareda
Barcelona, Juny 2013

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIACIONES	V
RESUMEN / ABSTRACT	VII
1. Introducción.	1
2. La noción de “identidad nacional“ y sus límites.	3
3. Del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa: evolución del contexto legal en relación a la cláusula de identidad nacional.	5
3.1 El contexto legal del artículo I-5 del Tratado Constitucional.	5
a. Los trabajos preparatorios del Tratado Constitucional.	
b. La posición de los Estados Miembros.	
c. La posición de la Comisión Europea.	
d. El art. I-5 del Tratado Constitucional.	
3.2 El contexto legal del artículo 4.2 del Tratado de Lisboa.	12
4. Líneas jurisprudenciales sobre el concepto de “identidad nacional”.	14
4.1 La visión de los tribunales constitucionales nacionales.	15
a. El Tribunal Constitucional español.	
b. El Consejo Constitucional francés.	
c. El Tribunal Constitucional Federal alemán.	
4.2 La visión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	20
5. La identidad nacional como mecanismo de excepción al principio de primacía del derecho de la UE.	25
6. Conclusiones.	27
7. Bibliografía.	30

TABLA DE ABREVIACIONES

Art.	Artículo
EM	Estado(s) Miembro(s)
TC/ Tratado Constitucional	Tratado por el que se establece una Constitución para Europa
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
TCF	Tribunal Constitucional Federal Alemán

“Success in an interconnected world depends
on blending integration with autonomy”

Benedikter and Kaelin, *The Swiss Miracle?*

RESUMEN

Con la introducción del artículo 4.2 al Tratado de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa, se verbaliza una tendencia que se venía manifestando tanto en la jurisprudencia de los Estados miembros como entre la doctrina europea. De manera demasiado ambigua para unos pero suficientemente clara para otros, el principio de primacía del derecho de la Unión sobre los ordenamientos nacionales se relativiza para tomar en cuenta las diferencias constitucionales de los Miembros de la Unión Europea. Se intenta establecer si dicho precepto del artículo 4.2 TUE se puede entender como una excepción al principio de primacía del derecho de la UE siempre que la identidad nacional de los Estados miembros se vea comprometida. Y de ser así, quién es el encargado de definir tal concepto de “identidad nacional”. Se contextualiza el artículo 4.2 TUE poniendo de relieve sus precedentes inmediatos, se tiene en cuenta las principales posiciones doctrinales existentes y se lleva a cabo un análisis jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los Tribunales Constitucionales español, francés y alemán para dilucidar las cuestiones planteadas.

Palabras clave: identidad nacional, primacía, Tratado de Lisboa, Tratado de la Unión Europea.

ABSTRACT

The introduction of article 4.2 of the Treaty of the European Union by the Treaty of Lisbon, verbalizes a trend that had been brought up both by the Member State's case law and by the European doctrine. In a too ambiguous manner for some but clear enough to others, the principle of primacy of European Union law over national law is relativized in order to take into account the constitutional differences of the European Union Member's. This paper seeks to establish whether Member States have a right to deviate from a European Union law obligation if necessary to protect its national identity by virtue of art. 4.2 TEU. And if so, who is responsible for defining this concept of "national identity". In order to clarify the raised issues, article 4.2 TEU is contextualized by highlighting its immediate precedents, the main doctrinal positions are taken into account and an analysis of the case law by the Court of Justice of the European Union and the Spanish, French and German Constitutional Courts is carried out.

Key words: national identity, primacy, Lisbon Treaty, Treaty of the European Union.

1. INTRODUCCIÓN

Determinar la relación entre el derecho de la Unión Europea (UE) y el derecho constitucional de los Estados miembros es una de las tareas más complejas existentes en el espacio legal europeo en la actualidad. El Tratado de Lisboa, a diferencia del artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Tratado Constitucional),¹ se ha abstenido de tratar el tema de manera directa. Los Estados miembros sólo han aceptado, en una Declaración del Tratado de Lisboa,² la primacía del derecho de la UE sobre los derechos nacionales “de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)”, haciendo referencia al caso *Costa v. ENEL*.³ Esta afirmación ha permitido a los tribunales nacionales mantener sus límites constitucionales al principio de primacía bajo los Tratados europeos reformados.⁴

A cambio, en el Tratado de Lisboa se ha optado por otra disposición que podría servir como herramienta para acercar las posiciones del TJUE y de los Tribunales supremos y constitucionales de muchos Estados miembros en lo referente al principio de primacía del derecho de la UE. Dicha disposición es el Art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y esta redactado de la manera siguiente:

“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”.

Con este trabajo voy a intentar establecer si dicho precepto del art. 4.2 TUE se puede entender como una excepción al principio de primacía del derecho de la UE. Y, en tal caso, determinar si el TJUE y los Tribunales constitucionales nacionales aplican criterios homogéneos para permitir la inaplicación del derecho de la UE por parte de los Estados miembros en el caso de

¹ Kwiecien. “The primacy of European Union Law over National Law under the Constitutional Treaty.” German Law Journal, (2005), pg. 1479.

² Declaration 17 of the Final Act of the Intergovernmental Conference, O.J. 2008.

³ Caso 6/64, *Costa v. ENEL*, (1964) E.C.R. 1251.

⁴ Principalmente, Decisiones del Tribunal Federal Constitucional Alemán: *Lisboa* (BVerfGE) para. 123, 267, 353.

que su identidad nacional se vea perjudicada. De no ser así, es necesario saber que criterio prevalece (el “europeo” o los “nacionales”) en relación al contenido y al alcance del concepto de “identidad nacional”.

Según von Bogdandy y Schill,⁵ esta cláusula de identidad nacional revisada puede ayudar a reconceptualizar la relación entre el derecho de la UE y el derecho constitucional nacional. Puede guiar el camino hacia una comprensión más matizada y profunda para superar las posiciones categóricas del TJUE de un lado, que defiende un principio de primacía absoluto por encima del derecho constitucional de los Estados miembros,⁶ y de la mayor parte de los Tribunales constitucionales de otro, que abogan por un principio de primacía relativo sometiendo dicha primacía del derecho de la UE a ciertos límites constitucionales.⁷

Mi hipótesis es que no hay duda de que el artículo 4.2 del TUE constituye una vía de excepción a la aplicación del derecho de la UE pero que cuando se trata de definir qué se entiende por el concepto de identidad nacional, las interpretaciones de las instituciones europeas y de los tribunales nacionales difieren. Aún no se ha consolidado una línea jurisprudencial que establezca claramente qué institución es la que tiene la última palabra cuando se trata de definir el concepto y, por extensión, aceptar o no una posible derogación del derecho europeo por parte de un Estado miembro. Para confirmar o refutar esta hipótesis me basaré en el análisis doctrinal y jurisprudencial relevante que existe hasta el momento.

Este trabajo está compuesto de cinco apartados. Primero, se analiza la noción de identidad nacional intentando establecer una definición inicial sobre la que poder avanzar. En segundo lugar, se lleva a cabo una retrospectiva de los antecedentes del art. 4.2 TEU así como de su contexto histórico-legal para poder entender las implicaciones de dicha cláusula desde un punto de vista temporal. A continuación, se pone de relieve como la cláusula de identidad nacional ha sido y es usada por los tribunales constitucionales nacionales de una parte, y por el TJUE de otra. En el cuarto apartado se conjugan todos los elementos precedentes doctrinales y jurisprudenciales para analizar la identidad nacional como mecanismo de

⁵ von Bogdandy y Schill. “Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty”, pg.14.

⁶ Fundamental en la primacía del derecho de la UE: *Costa v. ENEL*, citado *supra* nota 3, Caso C-409/06, *Winner Wetten* (2010) E.C.R. I-08015, para. 53 et seq.; Caso 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, (1970) E.C.R. 1125, para. 3; Caso 106/77, *Simmenthal*, (1978) E.C.R. 629, paras. 21 et seq.; Caso C-213/07, *Michaniki*, (2008) E.C.R. I-9999, para. 62 et seq.

⁷ Grabenwarter, “National Constitutional Law Relating to the European Union”, en von Bogdandy and Bast (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2nd ed. (Hart, 2010), pg. 83.

excepción al principio de primacía del derecho de la UE. Y, se cierra el trabajo con las conclusiones que confirman la hipótesis planteada.

2. LA NOCIÓN DE “IDENTIDAD NACIONAL” Y SUS LÍMITES

Según el TJUE, “el respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros constituye un deber para la Unión Europea”.⁸ Por ese motivo en el Tratado de Lisboa se incluyen disposiciones en las que se expresa un límite a la integración europea basado en el respeto de la identidad nacional, el ejercicio de las funciones esenciales de los Estados, e incluso la preservación de éstos.⁹ La principal novedad del Tratado de Lisboa es el art. 4.2 TUE sobre el ejercicio de las competencias de la Unión.

El art. 6.3 del antiguo TUE interpretaba el concepto de identidad nacional de manera amplia, incluyendo la historia, la cultura, la economía, el derecho y la religión. El art. 4.2 TUE ofrece ahora una interpretación más restrictiva al establecer que la identidad nacional está únicamente constituida por las estructuras fundamentales políticas y constitucionales del estado. De todos modos, el TJUE ha reconocido que los conceptos de tradición e historia de los Estados miembros pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de la identidad nacional, pero sólo en casos determinados como, por ejemplo, en relación al principio general de igualdad trato¹⁰ o sobre la estructura jurídica del estado.¹¹

Como noción de derecho europeo, la identidad nacional debe ser interpretada de manera independiente al significado que pudiera tener en los ordenamientos nacionales.¹² Sin embargo, es obvio que el contenido del concepto identidad nacional esta ligado a elementos de los derechos constitucionales internos. En cierta medida la definición de identidad nacional

⁸ Caso C-473/93, *Commission c. Luxembourg*, (1996) E.C.R. I-03207, para. 35, y Conclusiones del Abogado General M. Poiras Maduro de 8 de octubre de 2008 en el asunto C-213/07, *Michaniki*, para. 31.

⁹ Morgades, S., “El principio del respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los Estados miembros de la Unión Europea”, pg. 78. en Olesti Rayo, “La administración autonómica y el Tratado de Lisboa”.

¹⁰ Casos relevantes: C-145/04, *España c. Reino Unido*, (2006) E.C.R. I-7917, para. 74; C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* (2010) E.C.R I-13693, para. 81 ss.; en esta sentencia el TJUE menciona por primera vez la noción de identidad nacional como principio general de derecho nacional después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

¹¹ Caso *Sayn-Wittgenstein*, citado *supra* nota 10, para. 92.

¹² PETERS, Duncker & Humbolt, (2001), pg. 242-295.

en el marco europeo depende de las diferentes interpretaciones que los Estados miembros tengan de ella. Después de todo, la versión inglesa del art. 4.2 TEU habla de “identidades nacionales” en plural, lo que parece indicar que la auto comprensión de los Estados miembros de qué constituye su identidad nacional no puede ser menospreciada.

En otras palabras, nos podemos preguntar si según el art. 4.2 TEU el TJUE, como máximo órgano interpretador de los Tratados de la UE, es el legitimado para definir el concepto de identidad nacional, o si deberían ser los Estados miembros, a través de sus tribunales constitucionales, quienes establecieran el contenido de identidad nacional haciendo referencia a sus normas constitucionales internas.

El TUE, en su art. 4.2, define la identidad nacional como las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los estados, incluyendo la autonomía regional y local. Aunque la disposición no ofrece una lista exhaustiva de los elementos que deben ser respetados por la UE, si establece unas categorías que deben ser consideradas como un *numerus clausus*. En efecto, las estructuras políticas y constitucionales así como las funciones esenciales del estado son las que deben considerarse como representantes de la identidad nacional y, por lo tanto, como el núcleo esencial del estado. Las funciones esenciales del estado son aquellas que permiten proteger la integridad territorial, el orden y la seguridad pública.¹³

Sin embargo, con “identidad nacional” el texto ofrece un concepto jurídico indeterminado que el TUE no acaba de delimitar ya que no especifica el contenido de las categorías que enuncia. Por lo tanto se debe recurrir a otros criterios para determinar su contenido; hay disposiciones constitucionales que, por su naturaleza inderogable,¹⁴ o por su importancia (como las normas protectoras de la forma del estado) parecen indicar que también deberían formar parte del núcleo esencial constitucional y, por extensión, de la identidad nacional.¹⁵ Finalmente, para interpretar este concepto, debemos basarnos en la jurisprudencia de los tribunales nacionales así como en la del TJUE para interpretar este concepto. Para seguir con el análisis dicha jurisprudencia va a ser tomada en consideración en la sección número 4.

¹³ Sobre la protección de la seguridad pública: Caso C-83/94, *Leifer* (1995) E.C.R. I-03231, para. 35; Caso C-273/97, *Sirdar* (1999) E.C.R. I-07403, para. 27.

¹⁴ Art. 79.3 Constitución alemana, art.168 Constitución española, art. 197 Constitución belga (entre otros).

¹⁵ Derosier, “Le noyaux constitutionnel identitaire – Frein à l’intégration européenne, Contribution à une étude normativiste et comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l’Union Européenne”, pg.15.

3. DEL TRATADO CONSTITUCIONAL AL TRATADO DE LISBOA: EVOLUCIÓN DEL CONTEXTO LEGAL EN RELACIÓN A LA CLÁUSULA DE IDENTIDAD NACIONAL

Para esclarecer el significado de la cláusula de identidad es necesario analizar el contexto legal en el que se desarrolló. En primer lugar, esta sección va a poner de relieve los trabajos preparatorios así como el resultado final del Tratado Constitucional en relación a la llamada “cláusula Christophersen” y el posterior art. I-5. En segundo lugar, se compara como el art. 4.2 del Tratado de Lisboa parece enfatizar aún más que el Tratado Constitucional el deseo de los autores de ese de impedir que la UE invada las competencias esenciales de los Estados miembros.

3.1 El contexto legal del artículo I-5 del Tratado Constitucional

a. Los trabajos preparatorios del Tratado Constitucional

Antes de abordar el art. I-5 del Tratado Constitucional y para poder entender su razón de ser, es necesario tomar en consideración los trabajos preparatorios del Grupo de trabajo V de la Convención Europea. Este grupo trataba el tema de las “competencias complementarias”.

Finalmente, se optó por ampliar el concepto de "identidad nacional" a fin de incluir las "estructuras fundamentales" de los Estados miembros y la obligación del respeto "a las funciones esenciales del estado". Con ello, los autores de la cláusula trataron de forjar un núcleo esencial de la soberanía nacional, a falta de una lista de competencias exclusivas de los Estados miembros.¹⁶

El objetivo del grupo no era simplemente asignar poderes entre la UE y los Estados miembros de manera neutral, sino que pretendían limitar las competencias de la UE.¹⁷ Esta tarea se traducía en una simple pregunta: ¿Cómo deberían definirse y regularse las competencias complementarias en el futuro Tratado Constitucional?

Las competencias complementarias incluyen ámbitos de actuación añadidos desde el Tratado de Maastricht y hasta la actualidad. En esas áreas, el papel de la UE está

¹⁶ Gustafarro, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause”, pg. 13.

¹⁷ Este objetivo se evidencia ya desde el título del primer trabajo presentado en el grupo de trabajo: Christophersen, Henning “Highlighting the limits of EU competence”.

limitado a apoyar, complementar o coordinar la acción de los Estados miembros, los cuales tienen un margen de actuación amplio. La UE puede fomentar la cooperación entre Estados miembros y, si es necesario, apoyar y complementar su actuación. Pero al mismo tiempo no puede armonizar las leyes ni las regulaciones de los Estados miembros.¹⁸

Para acometer esta tarea, dos cuestiones debían ser resueltas de manera previa, por un lado, la definición de competencia complementaria como oposición a las competencias concurrentes.¹⁹ Dicha diferenciación es necesaria dado que las concurrentes –aunque no sean exclusivas por *naturaleza*- pueden fácilmente convertirse en exclusivas por su *ejercicio*.²⁰ Por otro lado, la relación entre las competencias funcionales y sectoriales –entre competencias basadas en objetivos y competencias basadas en ámbitos materiales-²¹ debía ser clarificada.

Los ámbitos de actuación pertenecientes a la categoría de competencias complementarias “son ejemplos de la tendencia de remplazar el método funcional de atribución de competencias por la asignación de competencias materiales”.²² Ante esta situación los esfuerzos del grupo de trabajo se centraron en cómo evitar que la UE mediante el ejercicio de un poder funcional invadiera áreas sectoriales que excluyen explícitamente o delimitan de manera clara la actuación de la UE.

El grupo de trabajo propuso cuatro posibles soluciones para proteger las competencias restantes de los Estados miembros; el Modelo Comunitario, el Modelo Constitucional, el Modelo Político y el Modelo de la Unión. El primero –el Modelo Comunitario- proponía clarificar, ámbito por ámbito, la delimitación negativa de las competencias de la UE. El segundo –el Modelo Constitucional-, proponía introducir una nueva disposición sobre las áreas reservadas de los Estados miembros. El tercer

¹⁸ Ver artículos 139 EC, 151.5 EC y 149 EC.

¹⁹ Las competencias concurrentes son aquellas en las que los poderes se comparten entre los Estados miembros y la UE. Una vez la UE ha legislado en dichas áreas, tiene un derecho preferente en el sentido que los Estados miembros ya no podrán actuar en las zonas cubiertas por la legislación.

²⁰ A este hecho se le ha denominado “doctrine of Union Preemption” que puede ser definido como el efecto que tiene el derecho de la UE en la legislación nacional de restringir su alcance de aplicación. Amedeo, “The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen” pg. 90; y Birbosia, “La répartition des compétences entre l’Union et ses Etats membres”, pg. 59.

²¹ von Bogdandy y Bast “The Federal Order of Competencies”, pg. 287.

²² CONV 75/02, Bruselas, 31 Mayo 2002, “Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union: values, objectives and means” European Law Review 27, pg. 386.

modelo –el Político- abogaba por la redacción de una Carta de Derechos de los Estados miembros, clarificando el alcance de las competencias nacionales y dotado de valor político. El último – el Modelo de la Unión- sugería tomar como punto de partida el art. 6.3 TUE (en su versión modificada art. 4.2 TUE), indicando que “la UE respetará la identidad nacional de sus Estados Miembros”.

Finalmente, esta última propuesta fue la que surgió como la más apropiada en relación a las otras soluciones. Tenía la ventaja de ser al mismo tiempo flexible, estar ya arraigada en el TUE y ser fácil de expandir para poder “centrarla en los conflictos relevantes para los ciudadanos”.²³

Pero no ha sido hasta Lisboa que ha habido una clasificación positiva de las competencias, que las enumerara y definiera según los grados de ejercicio de las mismas. Para suplir esa carencia la jurisprudencia del TJUE y la doctrina forzaron una cierta categorización de competencias en exclusivas, compartidas y complementarias en la que se inspira el esquema del TFUE. La única referencia textual en los Tratados relacionada con una clasificación de competencias había sido la que reservaba la aplicación del principio de subsidiariedad a las competencias no exclusivas de la Comunidad Europea, dando por supuesto que había competencias exclusas y no exclusivas.²⁴

El resultado es la existencia de un conjunto de ámbitos materiales compartidos sobre los que tanto la UE como los Estados miembros tienen posibilidad de actuar, si bien con objetivos de sentido diferentes. Podría decirse que la naturaleza de las facultades europeas y estatales es casi siempre concurrente sobre materia compartida, por lo que el conflicto normativo no debe ser nada extraño.²⁵

Ya García de Enterría lo venía viendo en los años ochenta cuando afirmaba que “hoy todos los federalismos y regionalismos en ejercicio han superado de manera definitiva la construcción de las autonomías sobre la técnica de la separación formal y absoluta de competencias entre el Estado y los entes miembros, la técnica de las competencias exclusivas parece entrar decididamente en el camino de las competencias compartidas o concurrentes”.²⁶

b. La posición de los Estados Miembros

²³ WG V, WD 4, pg.3.

²⁴Rodríguez-Izquierdo Serrano, *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, pg. 49.

²⁵Rodríguez-Izquierdo Serrano, *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, pg. 53.

²⁶García de Enterría, E., *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución española*.

Los Estados Miembros estaban centrados en la delimitación del alcance de la actuación de la UE vis-à-vis con la de los Estados Miembros. Abogaban por la redacción de un catálogo de competencias que conllevara especificar la base legal según la que la UE tiene derecho a actuar.

Para solucionar el problema de la fusión de los criterios material y funcional en la asignación de competencias a la UE, los Estados Miembros propusieron varias soluciones. Desde la abolición de los poderes funcionales, propuesta respaldada por el representante del Parlamento del Reino Unido,²⁷ hasta la opción más moderada de introducir una “cláusula de prioridad”. Esta propuesta del representante del Parlamento alemán, pretendía priorizar los criterios sectoriales por encima de los funcionales cuando se tratara de escoger la base legal de la actuación de la UE.²⁸

Como alternativa a estas opiniones, la “cláusula Cristophersen” se presentaba como una posible solución para el problema de la superposición de los competencias funcionales y sectoriales. La propuesta de expandir el art. 6.3 TUE tendría como efecto crear una garantía adicional para los Estados Miembros en relación a los efectos secundarios que el ejercicio de los “poderes funcionales” pudieran tener en sus estructuras internas y en sus competencias nacionales. La cláusula no conllevaría que estos poderes perdieran sus efectos totalmente en las categorías protegidas, pero limitaría e incluso excluiría los efectos “negativos” de la actuación de la UE en estos ámbitos.²⁹

c. La posición de la Comisión Europea

La Comisión estaba más centrada en el ejercicio de la actuación de la UE que en la delimitación de sus competencias. Rechazaban la idea de un catálogo de competencias pero a cambio proponían establecer una “obligación de razonar en cada caso la elección de una línea de actuación determinada”³⁰ o mejorar el control de cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.³¹

²⁷ WG V, WD 14.

²⁸ WG V, WD 9, p. 12.

²⁹ WG V, WD 9, pg. 15.

³⁰ WG V, WD 4, pg. 11.

³¹ WG V, WD 4, pg. 13-14.

Según la Comisión, cualquier tipo de clasificación de las competencias de la UE no sería suficiente ni apropiada para responder a la pregunta de base “¿quién hace que?”. Una clasificación cerrada no sería más que una fuente de conflictos.³² Es más, la Comisión previno sobre la introducción de un catálogo de competencias, ya que aunque sirviera a los objetivos de simplificación y clarificación –como requerido por la Declaración de Laeken-³³ eso sería a expensas de un necesario nivel de flexibilidad y adaptabilidad del ordenamiento legal de la UE.³⁴ En conclusión, la Comisión rechazó categóricamente la idea de una “delimitación dura y rápida, por bloques de ámbitos materiales, en los campos de intervención de la UE y de los Estados Miembros.”³⁵

En lugar de distinguir entre poderes exclusivos, concurrentes y complementarios, la Comisión pretendía limitar la actuación de la UE influenciando el ejercicio de los poderes de la UE en lugar de mediante su delimitación. Proponía clasificar los poderes de la UE en relación a su “nivel” de actuación para esclarecer la manera en la que la UE ejerce sus competencias, con particular interés en la intensidad de la actuación.³⁶ Además, para escoger si una competencia debía ser funcional o sectorial el criterio a seguir era el del TJUE que se basa en el “centro de gravedad”³⁷: “si una actuación está diseñada para llevar a cabo una serie de objetivos, la base legal que debe ser usada es la que tiene un vínculo más estrecho al propósito principal, al contenido y al objetivo de la actuación”.³⁸

³² WG V, WD 16, Bruselas 3 septiembre 2002, “Comments from the Commission’s representative in response to Mr. Altmaier’s note on the distribution of competencies”, pg. 4.

³³ Declaración de Laeken Sobre el Futuro de la Unión Europea, Diciembre 2001. <http://european-convention.eu.int/pdf/lknes.pdf>

³⁴ “Care must be taken not to pursue paths which would focus exclusively on the need for clarification and simplification and thus ultimately remove all flexibility from the system and introduce imbalance. This would happen, for instance, if the option were taken to incorporate a catalogue of competencies into the Treaty”, WG V, WD 26, Bruselas 24 septiembre 2002, Nota de M. Paolo Ponzano, Representante de la Comisión “Combining clarity and flexibility in the European Union’s system of competencies”, pg.3.

³⁵ WG V, WD 4, Bruselas 10 julio 2002, Nota de la Comisión Europea sobre la “Delimitation of powers: a matter of scale of intervention”, pg.2.

³⁶ WG V, WD 16, Bruselas 3 septiembre 2002, “Comments from the Commission’s representative in response to Mr. Altmaier’s note on the distribution of competencies”, pg.5.

³⁷ Caso C-300/89, *Titanium dioxide* (1991) E.C.R. I-02867; Caso C-42/97 (1999) E.C.R. I-882, en WG V, WD 7, Nota de la Comisión Europea sobre los poderes complementarios, Bruselas 29 julio 2002, pg.8.

³⁸ Nota de M. Paolo Ponzano, Representante de la Comisión “Combining clarity and flexibility in the European Union’s system of competencies”, pg.6.

Era bastante obvio que desde la perspectiva de la Comisión, no cabía una enumeración explícita o más matizada de las competencias reservadas de los Estados Miembros, lo que de hecho, representaba la “cláusula Christophersen” para los Estados Miembros. La Comisión no parecía estar especialmente preocupada por el riesgo de invasión de las actuaciones de la UE en campos protegidos de los Estados Miembros.³⁹

Coherente con su opinión, la Comisión rechazó la idea de interpretar la “cláusula Christophersen” como una cláusula competencial protectora de los poderes de los Estados Miembros bajo el pretexto de las identidades nacionales. Al contrario, pretendía introducir la disposición ”para establecer la obligación de la UE de respetar la identidad de los Estados Miembros y sus regiones, así como su soberanía en relación a todos los poderes y áreas de responsabilidad que no están asignadas por el TUE”.⁴⁰ Siempre y cuando, esto no “limite el alcance y el ejercicio de las competencias asignadas a la UE por tener en cuenta las necesidades específicas de cada Estado Miembro, ya que eso comprometería la distribución de las competencias establecidas por el TUE”.⁴¹ Resumiendo, la Comisión veía la cláusula de identidad como un “principio interpretativo general sin poder para restringir el ejercicio de las competencias asignadas a la Unión”.⁴²

d. El art. I-5 del Tratado Constitucional

Como resultado de los trabajos preparatorios para el Tratado Constitucional, concretamente del grupo de trabajo V, surgió la propuesta de modificar el art. 6.3 TUE (en vigor en ese momento) para incluir un requerimiento genérico para con la UE de respetar la identidad nacional de los Estados miembros. Establecer qué se incluiría en esa noción de identidad nacional era sólo una de las cuatro posibles soluciones para expresar el objetivo de la disposición: delimitar un ámbito de prerrogativas nacionales con protección especial por su carácter esencial.⁴³

³⁹ Gustafarro, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause”, pg. 24.

⁴⁰ WG V, WD 26, pg.5.

⁴¹ WG V, WD 26, pg.5.

⁴² WG V, WD 16, pg.4.

⁴³ Se trata de la solución llamada “Modelo de la Unión”, se propusieron tres modelos más: constitucional, político y comunitario. Ver *supra* pg. 6.

Finalmente la propuesta de modificación del art. 6.3 TUE se incluyó en el primer párrafo del art. I-5 TC, dedicado a las "Relaciones entre la Unión y los Estados miembros Unidos". El segundo párrafo consagra el principio de cooperación leal, de acuerdo al que la UE y los Estados Miembros, en el pleno respeto mutuo, se ayudan mutuamente en la realización de las tareas de la Constitución.

Art. I-5, par.1, del Tratado Constitucional declara:

“La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional.”

Para intentar definir el contenido de esta disposición nos remitemos a los trabajos preparatorios del Tratado Constitucional. El grupo de trabajo esbozó dos áreas de responsabilidades nacionales esenciales. De un lado las “estructuras fundamentales y las funciones esenciales de los Estados miembros” como por ejemplo la estructura política y constitucional, incluyendo la autonomía local y regional, el estatus legal de la iglesia y de las sociedades religiosas, el territorio y la elección de lenguas.⁴⁴ Y de otro, las “elecciones políticas básicas y los valores sociales de los Estados miembros”: las políticas de repartición de los ingresos, la imposición de tributos, el sistema de seguridad social y de sanidad, el sistema educativo, la conservación y desarrollo cultural y el servicio militar obligatorio.⁴⁵

En consecuencia, podemos afirmar que, según los autores del Tratado Constitucional, la cláusula de la identidad nacional como la expresa el art. I-5 TC fue concebida como un instrumento para minar la invasión progresiva de las competencias de la UE en áreas sensibles relacionadas con la identidad nacional y la soberanía.⁴⁶ Aunque la disposición no se pueda considerar como un “catálogo negativo”, sin duda actúa en substitución de la lista exclusiva de competencias de los Estados miembros que tantas pasiones despierta.

⁴⁴Gustaferro, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause”, pg. 30.

⁴⁵ WG V, WD 30 REV 1, Revised Draft Report, Bruselas, 25 octubre 2002, pg.11.

⁴⁶ Gustaferro, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause”, pg. 32.

Una cláusula de identidad nacional ampliada o expandida sirve el mismo propósito que la lista ya que protege las “zonas nucleares” que forman la esencia de la identidad nacional y la soberanía, pero de una manera más difuminada y menos impactante.⁴⁷ Por lo tanto, con la cláusula de identidad se da solución al problema presentado por el Parlamento Europeo: como remarcar el contenido nuclear de soberanía nacional sin recurrir a una lista enumeradora de competencias exclusivas de los Estados miembros.

En cierta medida, el art. I-5 TC es un compromiso entre las diferentes visiones de los miembros del grupo de trabajo y de la Comisión. De un lado la identidad nacional del art. 6.3 del antiguo TUE se expande para incluir determinadas responsabilidades esenciales de los Estados miembros y que así sean respetadas por la UE, como sugirieron los representantes nacionales. Pero por otro lado, la disposición no se encuentra entre los principios fundamentales relativos a la delimitación de las competencias entre la UE y los Estados miembros⁴⁸ y precede a la codificación del principio de primacía.

3.2 El contexto legal del artículo 4.2 del Tratado de Lisboa

El art. 4.2 TUE se basa en gran medida en su predecesor, el art. I-5 del Tratado Constitucional. La redacción es exactamente la misma con el añadido de la última frase especificando que la seguridad nacional es responsabilidad única de los Estados miembros.

Dicha disposición establece tres principios básicos: el respeto por las identidades nacionales, el principio de equidad y la garantía de las funciones esenciales de los Estados miembros. Con ello “refleja la determinación de los Estados miembros de afirmarse como actores políticos relevantes y autónomos”.⁴⁹ Sin embargo, el texto del tratado habla de identidad nacional y no de soberanía estatal. La doctrina plantea una primera delimitación negativa del concepto diciendo que “a pesar de la ambigüedad que rodea la noción de identidad nacional, no cabe duda que lo que sí

⁴⁷ Este enfoque está en sintonía con las demandas que el Parlamento Europeo hizo en su *Lamassoure Report*. Llamaba a la clasificación de las competencias pero evitando una lista cerrada ya que eso iría en contra de la principio de asignación de poderes y de la presunción de que los Estados tienen jurisdicción siempre que los tratados no estipulen lo contrario. “Report on the division of competences between the EU and the MS” (2011/2004 (INI)), Bruselas, 2002, pg.10.

⁴⁸ El art. I-11 TC sólo habla del principio de atribución, de subsidiariedad y de proporcionalidad.

⁴⁹ von Bogdandy and Schill, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review* 48, 2011, p. 1425.

incluye es mucho menor que el concepto tradicional de soberanía estatal como es entendido tanto en derecho internacional como en derecho constitucional”.⁵⁰

En el Tratado de Lisboa la remisión a la primacía desaparece y la cláusula de identidad nacional se incorpora a las disposiciones relativas a la delimitación y ejercicio de las competencias de la UE.⁵¹ Este cambio de “localización” influye en que el art. 4.2 TUE parezca mucho más integrado en el discurso competencial que el art. I-5 TC que no estaba incluido en los títulos sobre competencia.

Eso es por dos motivos; en primer lugar, el art. 4.2 TUE está inmediatamente seguido del art. 5 TUE que consagra los principios fundamentales reguladores del reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros. En segundo lugar, el art. 4.2 TUE está precedido por la presunción de no atribución de competencias a la UE del primer párrafo. Según el art. 4.1 TUE: “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”. Con la introducción de este párrafo – que no existía en el art. I-5 del Tratado Constitucional- se refuerza el nexo de la disposición que nos ocupa con la cuestión de la competencia.

Lo que a primera vista puede parecer una declaración genérica sobre la competencia residual de los Estados miembros que parece remarcar algo obvio, en una segunda lectura salta a la vista que lo que en realidad está haciendo el Tratado de Lisboa es repetir la proposición del Parlamento Europeo.⁵² Según esta, es necesario recalcar la “presunción general de que en caso de duda la competencia debe restar con los Estados miembros”.⁵³ Siguiendo esta lectura, el art. 4 TEU enlaza dos posibles soluciones para el mismo problema. El primer párrafo respalda el Modelo Constitucional (la idea de introducir una disposición sobre el principio de presunción de la competencia de los Estados miembros”); y el segundo consagra el Modelo de

⁵⁰ von Bogdandy and Schill, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review* 48, 2011, p. 1425-1426.

⁵¹ “Es importante enfatizar que el Tratado de Lisboa deliberadamente evitó codificar el principio de supremacía, aunque fue uno de los puntos más discutidos durante el proceso de ratificación de la Constitución Europea. Sin embargo, la Declaración nº17 se anexa al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental para ratificar el *acquis jurisprudential* del principio de primacía”, en Gustafsson, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause”, p. 29.

⁵² Parlamento Europeo, “Report on the division of competences between the EU and the MS”.

⁵³ WG V, WD 9, pg.10.

la Unión (la idea de expandir la cláusula de identidad para esclarecer cuáles son las responsabilidades esenciales de los Estados miembros que deben ser protegidas).⁵⁴

En conclusión, el contexto sistemático de la cláusula de identidad nacional permite interpretarla como lo hicieron los Miembros de la Convención y la Comisión rechazó: una cláusula general sobre el ejercicio de las competencias de la UE protegiendo determinadas responsabilidades esenciales de los Estados miembros.

4. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONCEPTO DE “IDENTIDAD NACIONAL”

Los conflictos constitucionales han sido excepcionales hasta el momento gracias a la voluntad existente por parte tanto del TJUE como de los tribunales nacionales de conciliar cualquier disonancia entre los ordenamientos legales europeos y nacionales a través de instrumentos hermenéuticos.

Por parte de los tribunales nacionales, hay muchos ejemplos de esto, en particular la decisión de 2005 del Consejo Constitucional francés sobre el conflicto entre el art. 1 de la Constitución francesa que representaba Francia como una república secular (que implica la prohibición de cualquier exhibición de símbolos religiosos) y el art. II-70 del Tratado Constitucional que permitía este tipo de manifestación pública de la propia identidad religiosa (actual art. 10 de la Carta de Derechos Fundamentales). El Consejo Constitucional francés consideró que no existía ningún conflicto declarando que el art. II-70 debería haber sido interpretado siguiendo el art. 9 de la CEDH. Otro ejemplo de ello, es la Decisión nº 232/89 del Tribunal Constitucional italiano, y más en general, el recurso a la técnica de la hermenéutica de la llamada *interpretazione conforme*.⁵⁵

También por parte del TJUE, se ha producido un intento de evitar el conflicto directo: concretamente, en el caso *Groener*⁵⁶ sobre la protección de la lengua gaélica, y el caso

⁵⁴ Gustaferró, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause”, pg. 34.

⁵⁵ La “interpretación conforme” es la obligación impuesta al juez nacional (y a cada intérprete de la ley nacional) de tener en cuenta todas las normas del derecho y usar todos los métodos de interpretación reconocidos por él para producir un resultado de acuerdo con el previsto por la legislación comunitaria. Dicho principio se deriva del principio de cooperación leal entre los órganos y los Estados miembros de la UE. Piccone, “Fundamental rights, Carta dei diritti, interpretazione conforme”.

⁵⁶ Caso C-379/87, *Groener* (1989) E.C.R I-03967.

*Grogan*⁵⁷ sobre el derecho al aborto. Se observa que, sin abandonar sus reivindicaciones en relación al principio supremacía, el TJUE ha tratado de escapar de los conflictos constitucionales directos con los órganos jurisdiccionales nacionales.⁵⁸

Pero analicemos los casos en los que sí se ha verbalizado una disonancia entre los derechos nacionales y europeo y veamos que criterios y que definiciones prevalecen en relación a la identidad nacional y a su influencia sobre la primacía del derecho europeo.

4.1 La visión de los tribunales constitucionales nacionales

Aunque los tribunales nacionales reconocen la primacía del derecho de la UE, la mayoría de ellos también han establecido límites que han influido en la interpretación de la cláusula de la identidad nacional en términos de la identidad constitucional.

Los tribunales constitucionales español y francés han usado el art. I-5 del Tratado Constitucional para negar al derecho de la UE el más alto rango en el ordenamiento jurídico interior y para concluir que, después de todo, "el artículo I-6 es compatible con el ordenamiento constitucional nacional y no afecta a su doctrina pre-existente sobre los 'contra-límites' constitucionales para la aplicación interna del derecho de la UE".⁵⁹

a. Tribunal Constitucional español

Según el Tribunal Constitucional español: "el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa parte del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas, y se funda en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados [...] Dichos preceptos, entre otros, vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las

⁵⁷ Caso C-159/90, *Grogan* (1991) E.C.R. I-04685.

⁵⁸ Véase Craig, y de Burca, "EU Law : text, cases and materials" pg. 260 nota 12, donde se cita el Caso C-446/98, *Fazenda Publica v Camara*, (2000), E.C.R. I-11435, para. 35-38.

⁵⁹ de Witte, "The Lisbon Treaty and National Constitutions. More or Less Europeanization?", en Closa. "The Lisbon Treaty and National Constitutions, Europeanization and Democratic Implications", ARENA Report No 3/9, p. 35.

distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros”.⁶⁰

b. Consejo Constitucional francés

Según el Consejo Constitucional francés: “La cercanía del artículo I-5 y I-6 muestra que (el Tratado) en ningún modo modifica la naturaleza de la Unión Europea, o el principio de la primacía del Derecho de la Unión debidamente reconocido por el art. 88-I de la Constitución [...] que por lo tanto, el art. I-6 presentado para su examen por el Consejo Constitucional no implica ninguna revisión de la Constitución”.⁶¹

Después de afirmar que el TUE mantiene la naturaleza de tratado internacional, el Consejo Constitucional francés afirma que: “el nombre dado a este Tratado no requiere ninguna decisión en cuanto a su constitucionalidad; el art. I-5, sobre la relación entre el Unión Europea y los Estados miembros, muestra que el título de dicho Tratado no afecta a la existencia de la Constitución francesa y el lugar de ésta en la cumbre de su ordenamiento jurídico interior”.⁶²

El constitucional francés ha pasado de una postura según la que la obligación de transponer la legislación comunitaria se encuentra limitada por una disposición expresa de la Constitución⁶³ a afirmar que esa misma obligación no podrá ser contraria a las normas o principios fundamentales para la identidad constitucional de Francia, a menos que el poder constituyente afirme lo contrario.⁶⁴ Mientras esto parece ampliar el alcance de lo que puede constituir un límite al principio de primacía, ya que no se limita a disposiciones específicas de la

⁶⁰ Tribunal Constitucional español, Declaración del Pleno Constitucional 1/2004 de 13 diciembre 2004, Caso 6603/2004 Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, para. 3.

⁶¹ Consejo Constitucional francés, Decisión n. 2004-505 DC de 19 noviembre 2004 Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, para. 13.

⁶² Citado *supra* nota 61, para. 10.

⁶³ La Decisión de 10 junio de 2004 habla de una “disposition expresse et spécifique de notre bloc de constitutionnalité”

⁶⁴ Decisión n. 2006-540 DC de 27 julio 2006, Loi relative au droit d’auteur et au droits voisins dans la société de l’information. El mismo principio ha sido expresado en la revisión constitucional del sector del juego (Décision 2010-605 DC) 2010 CMLR 4.

Constitución, sino a la idea más vaga de la identidad constitucional, en una inspección más cercana este planteamiento también puede reducir el alcance de dichos límites. La noción de la identidad constitucional ha sido tomada por la jurisprudencia del *Conseil d'Etat*. Y en su lectura, lo que es "inherente" a la identidad constitucional de un Estado miembro es lo que se caracteriza por ser crucial y distintivo, a saber, lo "esencial de la República".⁶⁵ Si no se vulnera lo que caracteriza la identidad constitucional francesa, el juez nacional debe abstenerse de limitar la supremacía de la UE. La conclusión del *Conseil d'Etat* en el caso *Arcelor*, donde una medida nacional de transposición de una directiva de la UE fue impugnada por violar el principio de igualdad, ha sido que si en el marco jurídico de la UE existe una protección equivalente al principio o a los derechos protegidos por la Constitución, se debería deferir al TJCE la revisión de la legalidad del derecho de la UE.⁶⁶

c. Tribunal Constitucional Federal alemán

A lo largo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante TCF) pueden distinguirse tres tipos de controles de actos comunitarios.⁶⁷ Según el primero, presente en las sentencias Solange I⁶⁸ y II⁶⁹, reclamó competencia para revisar si el Derecho Europeo era compatible con el estándar de protección de derechos fundamentales de la Constitución alemana (control de derechos fundamentales). En la sentencia Maastricht⁷⁰ se atribuyó la competencia para decidir si los actos de la UE están o no bajo el paraguas de las competencias

⁶⁵ «Le critère tiré des dispositions expresses paraît abandonné au profit de celui tiré des règles spécifiques ». Cette rédaction peut être interprétée à la lumière des propos tenus par le président Mazeaud, lors de son discours de vœux au Président de la République en janvier 2005 : « [...] le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme inhérent : crucial et distinctif. Autrement dit : l'essentiel de la République ». Elle puise son inspiration dans les termes de l'article I-5 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe selon lequel l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Conclusions of the Commissaire du gouvernement: Mattias Guyomar in Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, lecture du 8 février 2007. en Gustaferrero, "Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause", pg. 12.

⁶⁶ Conclusions of the Commissaire du Gouvernement. Citado nota 65.

⁶⁷ Payandeh, «Constitutional review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU court of Justice», pg. 1 y ss. en Corti Varela, Porrás Belarra y Román Vaca, "El control ultra vires del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010".

⁶⁸ Sentencia de 29 de mayo 1974 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2 BvL 52/71, *Solange I*.

⁶⁹ Sentencia de 22 de octubre 1986 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2 BvR 197/83, *Solange II*.

⁷⁰ Sentencia de 12 de octubre 1993 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2 BvR 2134/92 y 2159/92, *Maastricht*.

transferidas en virtud de los tratados (control *ultra vires*). Finalmente en la sentencia Lisboa⁷¹, se introdujo la posibilidad de controlar si los actos comunitarios eran compatibles con la identidad constitucional alemana (control de identidad constitucional).

Desde el punto de vista opuesto a la jurisprudencia española y francesa, la decisión *Solange I* del TCF argumenta que la protección de la identidad nacional requiere de la protección de los derechos fundamentales y los fundamentos democráticos del Estado: “la estructura básica de la constitución, la cual es la base de su identidad, [no puede ser modificada] sin una reforma constitucional”.⁷²

Según el TCF alemán, es necesario que "se deje espacio suficiente a los Estados miembros para que puedan establecer su estructura política en relación a los aspectos económicos, culturales y sociales".⁷³ Según esta argumentación, la identidad nacional debe ser entendida como las estructuras fundamentales según las define su constitución nacional.⁷⁴ Por lo tanto, las estructuras políticas y constitucionales de art. 4.2 TUE, no deberían ser definidas por las instituciones de la UE. El constitucional alemán opina que el TJUE tiene que dejar un espacio adecuado a los diferentes entendimientos de los Estados miembros y de sus tribunales constitucionales nacionales. De lo contrario, el TJUE sobrepasaría su mandato jurisdiccional en el art. 19.1 TUE, que limita la competencia del Tribunal a la interpretación del derecho comunitario.

El TCF alemán se pronunció sobre la compatibilidad de la ratificación del Tratado de Lisboa con su Ley fundamental en una sentencia de 2009.⁷⁵ Aunque el TCF finalmente aceptó la ratificación, el fallo va más allá de la simple relación entre la UE y la República Federal cuestionando la división de competencias entre las autoridades ejecutivas y legislativas en la gestión de los asuntos europeos. Particularmente, destaca el déficit democrático patente en la construcción de la UE.⁷⁶ El TCF marca los límites de la compatibilidad de la UE con su ordenamiento jurídico interno diciendo que: en caso de “desproporción entre el tipo y el

⁷¹Sentencia de 30 junio 2009 del Tribunal Constitucional Federal, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, *Lisboa*.

⁷²*Solange I*, citado *supra* nota 68, para. 78, 271, 279.

⁷³*Solange I*, citado *supra* nota 68, para. 267, 358.

⁷⁴Mouton, “Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire?”, pg. 466.

⁷⁵Citado *supra* nota 71.

⁷⁶Basilien-Gainche, M-L., « L’Allemagne et l’Europe. Remarques sur la décision de la Cour Constitutionnelle Fédérale relative au Traité de Lisbonne », pg. 3-4.

alcance de los poderes de la soberanía ejercida de un lado, y el grado de legitimidad democrática en el otro”, Alemania podría “negarse a participar de manera plena en la Unión Europea”.⁷⁷ Al contrario, “mientras y en tanto el principio de atribución de competencias quede garantizado en una unión de Estados soberanos con marcados rasgos de cooperación ejecutiva e intergubernamental, la legitimación de los Estados miembros proporcionada a través de los Parlamentos y Gobiernos nacionales es, en principio, suficiente y es complementada y sostenida por el Parlamento Europeo, elegido en sufragio directo”.⁷⁸

La decisión del TCF sobre el Tratado de Lisboa se inserta en la línea jurisprudencial “Solange” ya que mientras la UE respete la protección de los derechos fundamentales equivalentes a los previstos por su Ley fundamental, no habrá conflicto entre ambas jurisdicciones (alemana y europea).

La estructura de la UE con el Tratado de Lisboa puede acercarse un poco más a un Estado federal, pero los procesos de toma de decisiones y designaciones internas siguen siendo los de una organización internacional.⁷⁹ Donde algunos vieron un avance del Tratado de Lisboa, el TCF no ve nada. El Tribunal no se deja llevar por los avances retóricos que enmascaran la inercia política: la UE sigue careciendo de un pueblo europeo lo que la convierte en una organización internacional de naturaleza derivada, sobre la que los Estados miembros se mantienen como patronos de los tratados.⁸⁰

El derecho de la UE es considerado por el TCF como derivado de la voluntad política nacional y las órdenes constitucionales internos.⁸¹ Califica la primacía del derecho de la Unión como relativa. Este hecho es fundamental para nuestro análisis ya que de esta concepción se derivara la posición que tomará Alemania en relación al concepto de identidad nacional y quien tiene legitimidad para definirla. Según esta visión, las reservas en materia de identidad constitucional (como parte de la identidad nacional) resultan inalienables. El Tribunal define la identidad nacional como esas áreas en las que los Estados deben mantener

⁷⁷ Citado *supra* nota 71, para. 264.

⁷⁸ Citado *supra* nota 71, para. 262.

⁷⁹ Citado *supra* nota 71, para. 280.

⁸⁰ Citado *supra* nota 71, pg. 5.

⁸¹ Citado *supra* nota 71, para. 231.

un espacio político bajo su soberanía.⁸² Pero de todos modos, la norma es el principio y las reservas deben ser la excepción "bajo estrictas condiciones".⁸³

En conclusión, el salto al "siguiente nivel" de la integración europea depende de la decisión del pueblo alemán, y debe ser "libremente formulada por las personas a través de la Ley Fundamental".⁸⁴ El Tribunal de Karlsruhe invita a volver a la fuente de la soberanía, los pueblos de los Estados miembros, que son los únicos que realmente poseen el poder constituyente originario.

Después de la sentencia del TCF sobre el Tratado de Lisboa, el caso *Honeywell*⁸⁵ representa la primera oportunidad para el TCF de poner en práctica la doctrina Lisboa, en concreto de activar el control *ultra vires* sobre los actos de la Unión Europea. El TCF establece un estándar de control *ultra vires* tan restrictivo que, en la práctica va a resultar muy difícil que tal situación se produzca. Como contrapeso, el TCF se pronuncia sobre la necesidad de plantear una cuestión prejudicial como requisito previo al control constitucional sobre actos europeos. De esta forma, la sentencia *Honeywell* contribuye a mantener el equilibrio y preservar el principio de cooperación judicial en la UE.⁸⁶

4.2 La visión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Desde el punto de vista de las instituciones de la Unión, el TJUE tiene como función interpretar las disposiciones de los Tratados y especialmente los conceptos jurídicos indeterminados con la eventual ayuda de los principios generales del Derecho de la UE. El TJUE acude con frecuencia a esta fuente del derecho, con objeto de precisar y completar disposiciones y proceder, así, a una correcta interpretación y aplicación de los mismos.⁸⁷ En cuanto a los principios generales del derecho de los Estados miembros, gozan del valor de principios generales del derecho de la Unión. Por lo tanto, el TJUE va a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes⁸⁸ a los Estados miembros en su tarea de interpretación.

⁸² Citado *supra* nota 71, para. 252 y 249.

⁸³ Citado *supra* nota 71, para. 339.

⁸⁴ Citado *supra* nota 71, para. 228 y 263.

⁸⁵ Sentencia de 6 julio 2010 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2 bvr 2661/06, *Honeywell*.

⁸⁶ Corti Varela, Porras Belarra y Román Vaca, "El control *ultra vires* del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010".

⁸⁷ Abellán Honrubia (et al.), "Lecciones de Derecho Comunitario Europeo", pg. 123.

⁸⁸ Citado *supra* nota 87, pg. 125.

Una vez transferidas las competencias a la UE, los Tratados disponen de un sistema de control de la correcta elaboración, interpretación y aplicación de sus disposiciones. Por lo tanto, será el TJUE quien controlará la interpretación y la validez del derecho comunitario en vía prejudicial (según el art. 267 TFUE). El Tribunal de Justicia se erige como interprete único de las normas comunitarias y de los conceptos en ellas contenidas, para asegurar una coherencia fundamental en el sistema.⁸⁹ Dado que el *aplicador natural* del derecho comunitario es el juez interno, dicha coherencia interpretativa deviene esencial según la doctrina a favor del desarrollo de la UE.⁹⁰

Es evidente que dicha visión difiere notablemente de la expresada por ciertos tribunales nacionales. El Tribunal Constitucional Alemán, por ejemplo, ha usado la “identidad nacional” como “espada” o herramienta de revisión judicial de las medidas de aplicación de la legislación secundaria y como “escudo” o exención de las obligaciones normativas de la UE.⁹¹

A día de hoy existen diferentes casos en los que el TJUE ha aceptado (aunque sea implícitamente) la restricción de algunas libertades fundamentales para preservar un principio general del derecho o la identidad nacional de un Estado miembro en el área de influencia del mercado interior. En el caso *Comisión contra Luxemburgo*⁹², el Tribunal afirmó que "la protección de las identidades nacionales de los Estados miembros es un objetivo legítimo respetado por el ordenamiento jurídico comunitario" que puede justificar la restricción de una libertad fundamental. En *Sayn-Wittgenstein*,⁹³ se estableció que la restricción de una libertad conferida por el TFUE se podría justificar a favor de la legislación austríaca para proteger un principio general del derecho. Con esta definición, el TJUE vincula, de manera indirecta, la identidad nacional y los principios constitucionales fundamentales diciendo que el derecho constitucional de los Estados miembros forma parte de la identidad nacional. Similarmente, en el asunto *Comisión contra Polonia*,⁹⁴ el Tribunal se mostró abierto al considerar la posibilidad de los Estados miembros de establecer excepciones a la legislación secundaria de la UE con el objetivo de proteger determinados principios fundamentales.

⁸⁹ Citado *supra* nota 87, pg. 129-130.

⁹⁰ Lecourt, R., *L'Europe des Juges*, pg. 98.

⁹¹ “*tool of judicial review of nacional implementation measures of secondary legislation*”: T. Konstadinides, “Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the framework of National constitutional Settlement, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*”, Volumen 13, p. 195.

⁹² Caso C-473/93, *Comisión c. Luxemburgo*, (1996), E.C.R. at I-3207, para. 35.

⁹³ Caso *Sayn-Wittgenstein*, citado *supra* nota 10.

⁹⁴ Caso C-165/08, *Comisión c. Polonia*, (2009), E.C.R. at I-6843, para. 51.

En la misma línea y antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el antiguo art. 6.3 TUE motivó ciertas interpretaciones, entre ellas, la opinión del Abogado General Maduro en el caso *Michaniki*⁹⁵: "Se desprende de una lectura atenta de la jurisprudencia que los Estados miembros pueden, en determinados casos y, evidentemente, bajo la revisión del Tribunal, afirmar la protección de su identidad nacional con el fin de justificar la excepción a la aplicación de las libertades fundamentales de circulación. Se podría basar explícitamente en dicha identidad un motivo legítimo e independiente de derogación". Finalmente, según la decisión del TJUE del caso *Michaniki*,⁹⁶ se aprecia que el Tribunal estaría dispuesto a reconocer que el derecho constitucional nacional no puede simplemente ser anulado por el derecho derivado de la UE. Es más, tiene un ámbito legítimo de aplicación y su propio peso normativo en el ejercicio de una directiva. El Tribunal intenta conciliar las posiciones de la UE y la de los Estados miembros para evitar negar la puesta en práctica de sus principios constitucionales internos sin ir contra los intereses de la UE.⁹⁷

También el Abogado General Kokott se pronunció al respecto en su opinión del caso UTECA⁹⁸ donde se debatía si la financiación de los trabajos producidos en una de las lenguas oficiales de España iba contra el derecho Comunitario. Kokott estableció que "la Comunidad contribuye así al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su legislación nacional y diversidad regional y al mismo tiempo el patrimonio cultural común. Es compatible con la acción de los Estados miembros y en particular la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de la pueblos europeos en el ámbito de la creación artística y literaria en el sector audiovisual. El respeto y la promoción de la diversidad de las culturas constituye una de las principales preocupaciones de la Comunidad en todos los ámbitos [...] y constituye, en última instancia, una expresión del respeto de la Unión Europea hacia las identidades nacionales de sus Estados miembros (artículo 6.3 UE)".⁹⁹ Finalmente, el Tribunal estableció que aunque se pudiera considerar que la medida infringía algunas libertades fundamentales, se justificaba haciendo referencia a la cultura (protección y promulgación de las diferentes lenguas de España) y por lo tanto, se erigía como motivo prioritario a favor del interés público.

⁹⁵ Opinión del Abogado General Poiares Maduro publicada el 8 octubre 2008. *Michaniki* AE v *EthnikoSymvoulioRadioteleorasis y YpourgosEpikrateias*. Caso C-213/07, *Michaniki*, para. 32.

⁹⁶ Caso C-213/07, *Michaniki*, para 61 y ss.

⁹⁷ Gareth D., "Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time", pg. 63-84.

⁹⁸ Caso C-222/07 (2009) E.C.R. I-01407, *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) c. Administración General del Estado*, para. 93.

⁹⁹ AG Kokott, Opinión de 4 septiembre 2008, Caso UTECA.

Por lo tanto podemos afirmar que el TJUE acepta que la cláusula de identidad pueda ser invocada por los Estados miembros como causa de derogación en lo relativo al mercado interior y a la libertad de movimiento de personas, mercancías, servicios y capital monetario.

En otra línea jurisprudencial pero siempre dentro del marco del mercado interior, el TJUE ha aceptado el papel de la identidad nacional no como causa de derogación de una obligación impuesta por el derecho de la Unión, sino como instrumento para establecer un interés como legítimo capaz de justificar una derogación a una obligación de la UE. Los Estados miembros pueden usar la identidad nacional, a la vez que sus tradiciones constitucionales, sus valores culturales etc. para interpretar otras disposiciones de los tratados. Un claro ejemplo de ello es el caso *Omega*¹⁰⁰ en el que la prohibición del legislador alemán de distribuir juegos simulando actos de homicidio no fue considerada como una restricción injustificada de la libertad de prestación de servicios. El TJUE tuvo en cuenta que “en Alemania, el principio de respeto de la dignidad humana tiene un estatus particular como derecho fundamental independiente”¹⁰¹ y por lo tanto, puede ser considerado como parte de su identidad nacional. Lo más relevante de este caso es que a partir de este momento el Tribunal concede a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para fijar el nivel de protección de sus intereses legítimos o derechos fundamentales en cuestión. Según el TJUE “no es indispensable que las medidas restrictivas tomadas por las autoridades implicadas correspondan a una concepción compartida por todos los Estados miembros en relación a la manera concreta en que el derecho fundamental o el interés legítimo debe ser protegido”.¹⁰² Este razonamiento encaja con la idea de que existen tantas identidades nacionales como Estados miembros y que, por lo tanto, la tarea interpretativa no podría llevarse a cabo de manera unilateral por el TJUE.

Aunque aún no existe suficiente jurisprudencia en relación al art. 4.2 TUE, la posición del TJUE se viene perfilando en los casos citados anteriormente y se percibe una tendencia hacia el reconocimiento de la existencia de diferentes visiones sobre las restricciones de los intereses legítimos o de los derechos fundamentales. Con lo que el TJUE está tomando un enfoque similar al del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconociendo un margen de apreciación cuando se trata de asuntos especialmente sensibles por su contenido moral o

¹⁰⁰ Caso C-36/02, *Omega*, (2004) E.C.R. I-09609.

¹⁰¹ Citado *supra* nota 100, para. 32.

¹⁰² Citado *supra* nota 100, para. 37.

cultural.¹⁰³ Esta interpretación del art. 4.2 TUE puede complementarse con el art. 167 TFUE que confirma el respeto por la diversidad cultural como cláusula transversal a ser tomada en consideración en la implementación de disposiciones europeas, así como con el art. 3.4 TUE sobre los objetivos de la UE. Dicho artículo defiende el respeto por la diversidad lingüística y cultural de la Unión para preservar y promocionar la herencia cultural europea.¹⁰⁴

Ante este panorama, sólo queda preguntarnos ¿dónde están los límites?. ¿Hasta qué punto el TJUE está dispuesto a aceptar las interpretaciones llevadas a cabo por los tribunales nacionales de los Estados miembros? El TJUE ha establecido que el alcance de la derogación de una obligación impuesta por el derecho de la UE no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin el control de las instituciones de la UE.¹⁰⁵ Además, la derogación sólo será posible en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad.¹⁰⁶ Según el TJUE, en caso de que surjan asuntos relacionados con la identidad nacional, el proceso a seguir por los gobiernos de los Estados miembros sería un procedimiento de infracción y para los tribunales, un reenvío prejudicial. De este modo, las instancias nacionales podrían proponer su interpretación y el Tribunal tomaría la decisión final.

Contra esta posición del Tribunal en pro de su interpretación como última instancia, no faltan críticas. Este enfoque, según el que el TJUE establece la solución final, usado incorrectamente puede llevar al Tribunal a aplicar la ley limitándose a los hechos y excediéndose así de sus funciones bajo el procedimiento de reenvío prejudicial. El TJUE podría apostar por un enfoque más “respetuoso” hacia la apreciación de los tribunales nacionales.¹⁰⁷ El Abogado General Maduro ha recalcado la importancia de una mayor discrecionalidad para los tribunales nacionales cuando podrían darse posibles conflictos constitucionales. Entiende que dichas autoridades están en mejor posición para definir la identidad constitucional de los Estados miembros que la Unión Europea se ha comprometido a respetar.¹⁰⁸ Como contraposición, Maduro continua su argumentación recordando que es la obligación del TJUE

¹⁰³Sweeney, “A Margin of appreciation in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights”, pg. 28.

¹⁰⁴ Gustaferro, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause”, pg. 43.

¹⁰⁵ Caso *Sayn-Wittgenstein*, citado *supra* nota 10, para. 83.

¹⁰⁶ Caso *Sayn-Wittgenstein*, citado *supra* nota 10, para. 88.

¹⁰⁷ Tridimas, “Constitutional Review of member state action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, pg. 754.

¹⁰⁸ AG Poiares Maduro, Opinión en Caso C-53/04, para. 40.

garantizar que esa evaluación o determinación llevada a cabo por los tribunales nacionales, se realice de conformidad con los derechos fundamentales y los objetivos comunitarios.

En resumen, analizando la jurisprudencia del TJUE tanto anterior como posterior al Tratado de Lisboa, podemos decir que, por un lado, en todos los casos el Tribunal hace hincapié en su interpretación estricta de las excepciones a las libertades fundamentales, (que deben ser objeto de su revisión, proporcionales a los intereses legítimos que pretenden proteger y no pueden ser alcanzadas con medidas menos restrictivas). Y que, por otro lado, en la mayoría de los casos, el TJUE adopta un enfoque centrado en el resultado, es decir propone una solución definitiva para el conflicto no revisable por las jurisdicciones nacionales.

5. LA IDENTIDAD NACIONAL COMO MECANISMO DE EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UE

El argumento de que la cláusula de identidad podría aportar un nuevo equilibrio entre las dos pretensiones opuestas que existen sobre la autoridad soberana apoyadas por el TJUE de un lado y los tribunales constitucionales nacionales de otro parece el más acertado. Con esta interpretación de la cláusula se integran ambas posiciones y se apuesta por un resultado consensuado. Pero hasta que punto la cláusula “sólo debe ser aplicada en casos excepcionales de conflicto entre el derecho de la UE y los derechos constitucionales nacionales”¹⁰⁹ o si puede aplicarse como un mecanismo de excepción ordinario es menos obvio.

Según algunos autores, la cláusula de identidad podría afectar razonablemente el entendimiento *común* (en lugar del *excepcional*) de las relaciones entre la UE y sus Estados miembros.¹¹⁰ El art. 4.2 TUE podría influenciar el razonamiento jurídico del TJUE, el ejercicio de ponderación llevado a cabo por el legislador europeo, así como la manera en la que los Estados miembros cumplen (o no aplican) el derecho de la UE.

Sólo las normas de la UE adoptadas a partir de las competencias concedidas por los Tratados pueden reclamar su primacía *vis-à-vis* las normas nacionales opuestas.¹¹¹ Es relevante

¹⁰⁹ von Bogdandy and Schill, “Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”, pg. 1431.

¹¹⁰ Gustafsson, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause”, p. 5.; Gambino, “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea.”

¹¹¹ Abellán Honrubia (et al.), “Lecciones de Derecho Comunitario Europeo”, pg. 105.

examinar hasta que punto el deber de respeto impuesto sobre la UE puede afectar el funcionamiento ordinario del ordenamiento legal europeo, independientemente del papel que juega en la potencial aplicación del principio de primacía.

La razón por la que la doctrina y algunos tribunales nacionales vienen interpretando la cláusula de identidad como una especie de "autorización" europea para excluir el derecho constitucional nacional del ámbito de aplicación del principio de supremacía, debe buscarse en la interpretación sistemática que permite hacer el fallido Tratado Constitucional. Como ya se ha expuesto, la redacción actual del art. 4.2 TUE, se basa en gran medida en la del art. I-5 TC. A este artículo le seguía el art. I-6, que por primera vez en la historia de los tratados, codificaba una especie de "cláusula de supremacía", afirmando que el derecho de la UE prevalecería sobre el derecho de los Estados miembros. El hecho de que el Tratado Constitucional introdujera la cláusula de identidad antes de mencionar la cláusula de supremacía, llevó a algunos estudiosos a interpretar la cláusula de identidad como una especie de cláusula de salvaguardia. Además, de este modo se mataban dos pájaros de un tiro ya que también así se codificaba la jurisprudencia de los tribunales nacionales sobre los límites constitucionales a la supremacía del derecho de la UE.¹¹²

Por lo tanto, siguiendo esta interpretación, el respeto de la identidad nacional según el Tratado de Lisboa debería ser interpretado como una forma de superar la primacía absoluta permitiendo a los tribunales constitucionales nacionales limitar en determinadas circunstancias el alcance del derecho europeo.¹¹³ La cláusula de identidad nacional representaría el reconocimiento explícito por parte del TUE de la naturaleza "relativa" y no "absoluta" del principio de primacía del derecho de la UE.¹¹⁴

Del otro lado de la moneda se encuentran los partidarios de una UE fuerte y con soberanía suficiente para tener la última palabra en la definición de los conceptos indeterminados de derecho europeo.¹¹⁵

¹¹² Cartabia, "Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali", en *Il diritto dell'Unione europea*.

¹¹³ Konstadinidies, "Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the framework of National Constitutional Settlement" y Besselink, "National and Constitutional Identity before and after Lisbon" pg.36.

¹¹⁴ Caso C- 213/07, *Michaniki*, (2008), E.C.R. at I-9999.

¹¹⁵ Epiney, Mosters, Progin-Theuerkauf, *Droit européen II, Les libertés fondamentales de l'Union européenne*, pg. 56.

Aunque el art. 4.2 TUE permite a los Estados miembros establecer excepciones a la legislación de la UE en casos determinados, la norma no proporciona una protección incondicional a los Estados. Según algunas líneas doctrinales, la inaplicación de una obligación de derecho europeo para proteger la identidad nacional sólo es posible si dicha obligación se recoge en una norma secundaria.¹¹⁶ Esta interpretación surge a raíz de que el Tribunal reconociera la posibilidad establecer una excepción de los Estados miembros a una obligación recogida en una directiva.¹¹⁷

Por otra parte, el principio de proporcionalidad también debe ser respetado¹¹⁸ para que una exención al derecho de la Unión sea justificada.¹¹⁹ Esto es, el principio de proporcionalidad solo va a ser respetado en sentido estricto si no existe medio alternativo para lograr el propósito del Estado a la inaplicación de la norma de la UE.¹²⁰

6. CONCLUSIONES

Como conclusión a este trabajo contestaré a las tres preguntas planteadas en la introducción. En primer objetivo de este trabajo era establecer si el art. 4.2 TUE constituye una excepción al principio de primacía del derecho de la UE. La regla es que el derecho de la Unión prevalece sobre toda la legislación nacional, incluido el derecho constitucional.¹²¹ Pero el art. 4.2 TUE, más que una simple excepción a la obligación de aplicar las normas de los Tratados, es una regla de derecho europeo (impuesta por el propio TUE) que permite a los Estados miembros, en determinados casos, ignorar el principio de primacía del derecho de la UE.

En segundo lugar he intentado constatar si los criterios utilizados por el TJUE y por los Tribunales nacionales para permitir la inaplicación del derecho de la UE por parte de los Estados miembros en el caso de que su identidad nacional se vea perjudicada son

¹¹⁶ von Bogdandy / Schill, "Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty" pg. 1443.

¹¹⁷ Caso C-165/08, *Comisión c. Polonia*, (2009) E.C.R. I-6843, para. 51; Caso C-213/07, *Michaniki*, (2008) E.C.R. I-09999, para. 61 ss.

¹¹⁸ El TJUE negó que la identidad nacional justificara el impedimento al acceso de ciertos puestos de trabajo en la función pública para los nacionales de otros Estados miembros (Caso C-51/08, *Comisión c. Luxembourg*, (2011), E.C.R. I-00000 para. 124).

¹¹⁹ von Bogdandy / Schill, "Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty" pg. 1441.

¹²⁰ Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad: Epiney, Mosters, Progin-Theuerkauf, pg. 92.

¹²¹ Caso C-106/77, *Simmenthal II*, (1978) E.C.R. I-629, para. 7; Caso *Handelsgesellschaft*, citado *supra* nota 6; Caso C-284/98, *Kreil*, (2000) E.C.R. I-01527, para. 32.

equivalentes. Después de analizar la jurisprudencia del TJUE y la de algunos Tribunales nacionales, se hace patente que, aunque se haya intentado evitar la confrontación directa, existen concepciones distintas del concepto de identidad nacional según los objetivos que se quieran proteger. Por parte de la Comisión y del TJUE, dicha excepción sólo será de aplicación en caso de que se trate de una obligación inscrita en la legislación secundaria, si las funciones esenciales de un Estado se ven afectadas y si el principio de proporcionalidad es estrictamente respetado. Y siempre usando la necesidad de la coherencia en la interpretación de los Tratados como justificación del poder de la última palabra del TJUE.

Desde el punto de vista de los Estados miembros, algunos defienden que la voluntad de los redactores del Tratado era asimilar la noción de identidad nacional a las competencias nacionales,¹²² así que cualquier duda acerca del alcance del concepto de identidad desaparecería. Otros, se centran en su coyuntura particular para defender la existencia de un ataque a su identidad nacional. Por lo tanto podemos afirmar que, en la actualidad, las concepciones relativas al concepto de identidad nacional o como deben definirse varían en gran medida.

Finalmente no podemos responder a la pregunta qué criterio prevalece en la definición del concepto de identidad nacional con una afirmación definitiva ya que no existe un árbitro final en un sistema compuesto como el de la Unión Europea.

La concepción pluralista de la relación entre la legislación comunitaria y el derecho constitucional nacional gana peso con la cláusula de identidad en el art. 4.2 TUE. Con ella, las ideas jerárquicas tradicionales que influyeron en la jurisprudencia anterior tanto del Tribunal de Justicia como de los tribunales constitucionales nacionales parecen cada vez más desfasadas. Al trasladar al TUE los límites constitucionales introducidos por los Estados miembros, no solo se supera la aplicación "ciega" de la legislación de la UE con respecto a las particularidades constitucionales de los Estados miembros,¹²³ sino que también se afirma la relatividad del principio de primacía.

También en materia de procedimiento, el art. 4.2 TUE indica un camino para superar el modelo jerárquico. Aunque la jurisdicción del TJUE sobre la interpretación del art. 4.2 TUE

¹²² Gustaferro, "Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause", pg. 12.

¹²³ von Bogdandy y Schill. "Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty", pg.1453.

es innegable, dicha interpretación debe tener en cuenta las visiones de las autoridades constitucionales nacionales y sus límites constitucionales para proteger la identidad nacional. Al mismo tiempo, los tribunales constitucionales nacionales tienen que ejercer esa potestad a la luz de su responsabilidad para con la Unión.

Por lo tanto, los potenciales conflictos deben ser resueltos por el deber mutuo de cooperar. Aunque esta solución no elimine los conflictos de manera definitiva, sí que reduce las probabilidades de que se den conflictos sin salida. Como en tantos ámbitos de la Unión Europea, todo se reduce a un ejercicio de equilibrios y contrapesos. Y es que aunque la coherencia o la seguridad jurídica se puedan ver comprometidas, no hay mejor solución dada la naturaleza particular de la Unión Europea como ente supraestatal pero en el que sus miembros mantienen su existencia soberana independiente. No estamos ante una plataforma de creación de un estado europeo.¹²⁴ Los instrumentos interpretativos deben ajustarse a la dimensión federal de la Europa pluriconstitucional.¹²⁵ Se deben abrir vías para integrar y respetar espacios de participación estatales y europeos.

¹²⁴ Thym, “In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon judgement of the German Constitutional Court”, pg.1803, en Morgades, “El principio del respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los Estados miembros de la Unión Europea”, pg. 90.

¹²⁵ Rodríguez-Izquierdo Serrano, *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, pg. 59.

7. BIBLIOGRAFÍA

Obras de referencia

- Abellán Honrubia et al., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Ed. Ariel, Madrid: 2010.
- Mangas Martín, A., Liñán Nogueras, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos 2012.
- Epiney, A., Mosters, R., Progin-Theuerkauf, S., *Droit européen II, Les libertés fondamentales de l'Union européenne*, Berna: 2010.

Obras de consulta sobre el tema

- Rodríguez-Izquierdo Serrano, M., *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- García de Enterría, E., *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución española*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980.
- Lecourt, R., *L'Europe des Juges*. Bruselas: Bruylant, 2008.
- Craig, P. y de Burca, G., "EU Law : text, cases and materials" OXFORD: 2011.

Artículos sobre el tema

- Analyse de la Décision de la Cour constitutionnelle Fédérale Allemande de 30 Juin 2009 relative au Traité de Lisbonne. Paris: Auslandsbüro der Konrad-Adenauer-Stiftung, (2009).
- Amedeo, A., "The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen", JEAN MONNET WORKING PAPER 03/10 (2012).
- Basilien-Gainche, M-L., "L'Allemagne et l'Europe. Remarques sur la décision de la Cour Constitutionnelle Federale relative au Tratié de Lisbonne". Le dossiers du CERI-Science Po, (2009).
- Besselink, L., "National and Constitutional Identity before and after Lisbon" Utrecht Law Review n°6, (2010).
- Birbosia, E. "La répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres", en Dony, M. Y Birbosia, E., *Commentaire de la Constitution de l'Union Européenne*. Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2005.

- Cartabia, M. “Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, *Il diritto dell’Unione europea* n°3, (2005).
- Corti Varela, Porras Belarra y Román Vaca, “El control ultra vires del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010 (2 bvr 2661/06, Honeywell)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 40 (2011).
- Davies, Gareth. “Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time”. *Common Market Law Review*, Vol. 43 (2006): 63-84.
- de Witte, B. “The Lisbon Treaty and National Constitutions. More or Less Europeanization?”, en Closa, C. *The Lisbon Treaty and National Constitutions, Europeanization and Democratic Implications*. ARENA Report N° 3/9.
- Derosier, J-P., “Le noyaux constitutionnel identitaire – Frein à l’intégration européenne, Contribution à une étude normativiste et comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l’Union Européenne”, (2011). Disponible online (consultado el 2 mayo 2013): www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN2/derosierT2.pdf
- Franchini, “Les notions d’administration indirecte et de coadministration”, en Auby y Dutheil de la Rochère, *Droit Administratif Européen*, Bruselas: Bruylant, 2007.
- Gambino, S., “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea.” *ReDCE* n°18, (2012).
- Grabenwarter, “National Constitutional Law Relating to the European Union”, en von Bogdandy and Bast (Eds.), en *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart, 2010.
- Gustaferro, B., “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The ordinary Functions of the Identity Clause”, Jean Monnet Working paper, 01/12 (2012).
- Konstadinidies, T. “Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the framework of National Constitutional Settlement” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 13, (2011).
- Kwiecien, R., “The primacy of European Union Law over National Law under the Constitutional Treaty.” *German Law Journal*, Vol. 6 n° 11 (2005): 1479-1496.
- Lenaerts, K., Desomer, M., “Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union: values, objectives and means.” *European Law Review*, n°4 (2002): 377- 407.
- Morgades, S., “El principio del respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los Estados miembros de la Unión Europea”, en Olesti Rayo, A., *La*

administración autonómica y el Tratado de Lisboa. Valencia: Tirant Lo Blanch - Institut de Dret Públic, 2012.

- Mouton, J.D., “Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire?” Nancy: Pédone, (2004).
- Payandeh, M., “Constitutional review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU court of Justice”, *Common Market Law Review* n°48, (2011): 9-38.
- Piccone, S.V., “Fundamental rights, Carta dei diritti, interpretazione conforme”, *Jueces para la democracia*, <http://www.juecesdemocracia.es/fundacion/ponenciassevilla/InterventoSivigliaValeriaPiccone.pdf>
- Schill, S.W., “Reconciliando la tormentosa relación entre el derecho constitucional y el derecho europeo: el respeto por la identidad nacional bajo el Tratado de Lisboa.” *Revista do direito UNISC*, Santa Cruz do Sul n°36, (2011): 142-163.
- Sweeney, J.A., “A Margin of appreciation in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights” en *Legal Issues of Economic Integration* 34(1), (2007).
- Tridimas, T., “Constitutional Review of member state action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction” *ICON*, vol. 9 n° 34, (2011).
- von Bogandy, A. y Schill, S., “Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty.” *Common Market Law Review* 48 (2011): 1417-1454.
- von Bogandy, A. y Bast, J. “The Federal Order of Competencies”, en *Principles of European constitutional Law*. Oxford, München: Hart Publishing, Verlag C.H. Beck, 2010.

Legislación

- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2010/C 83/01.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, 2004/C 310/01.

Reports-Working documents

- Parlamento Europeo, “Report on the división of competences between the EU and the MS” (2011/2004 (INI)), Bruselas (2002).
- Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental (CIG). <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/07/st11/st11626.es07.pdf>

- Working Group V, Working Documents: <http://european-convention.eu.int/ES/dynadoc/dynadoc590b.html?lang=ES&Content=WGV>
- Christophersen, H., “Highliting the limits of EU competence”. Working Group V, Working Document nº 5, Bruselas, (2002).
- Declaración de Laeken Sobre el Futuro de la Unión Europea, Diciembre 2001. <http://european-convention.eu.int/pdf/lknes.pdf>
- Declaration 17 of the Final Act of the Intergovernmental Conference, O.J. 2008, C-115/335. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0335:0359:EN:PDF>

Jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Caso 6/64, *Costa v. ENEL*, (1964) E.C.R. I-1251.
- Caso C-409/06, *Winner Wetten* (2010) E.C.R. I-08015
- Caso 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, (1970) E.C.R. I-1125.
- Caso C-106/77, *Simmenthal*, (1978) E.C.R. I-629.
- Caso C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, (2008) E.C.R. I-9999.
- Caso C-284/98, *Kreil*, (2000) E.C.R. I-01527.
- Caso C-473/93, *Commission c. Luxembourg*, (1996) E.C.R. I-03207.
- Caso C-83/94, *Leifer* (1995) E.C.R. I-03231.
- Caso C-273/97, *Sirdar* (1999) E.C.R. I-07403.
- Caso C-379/87, *Groener* (1989) E.C.R. I-03967.
- Caso C-159/90, *Grogan* (1991) E.C.R. I-04685.
- Caso C-222/07, *UTECA* (2009) E.C.R. I-01407.
- Caso C-36/02, *Omega* (2004) E.C.R. I-09609.
- Caso 208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, (2010) E.C.R. I-13693.

Tribunales constitucionales nacionales

- Sentencia de 29 de mayo 1974 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2 BvL 52/71, *Solange I*.
- Sentencia de 22 de octubre 1986 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2 BvR 197/83, *Solange II*.
- Sentencia de 12 de octubre 1993 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2 BvR 2134/92 y 2159/92, *Maastricht*.
- Sentencia de 30 junio 2009 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, *Lisboa*.
http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208es.html
- Sentencia de 6 julio 2010 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2 bvr 2661/06, *Honeywell*.
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106en.html
- Tribunal Constitucional español, Declaración del Pleno Constitucional 1/2004 de 13 diciembre 2004, Caso 6603/2004 Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.
<http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/200501-constitucional.html>
- Consejo Constitucional francés, Decisión n. 2004-505 DC de 19 noviembre 2004, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2004/2004-505-dc/decision-n-2004-505-dc-du-19-novembre-2004.888.html>
- Consejo Constitucional francés, Décision n. 2006-540 DC de 27 julio 2006, *Loi relative au droit d'auteur et au droits voisins dans la société de l'information*.
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2006/2006-540-dc/decision-n-2006-540-dc-du-27-juillet-2006.1011.html>

Opiniones Abogados Generales

- M. Poiares Maduro, Opinión de 20 de septiembre 2005 referente al Caso C-53/04.
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CC0053:ES:PDF>
- M. Poiares Maduro, Opinion de 8 octubre 2008 referente al Caso C-213/07.
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007CC0213:EN:NOT>
- Kokott, Opinion de 4 de septiembre 2008 referente al Caso C-222/07.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007CC0222:EN:NOT>

Webgrafía

- www.europa.eu
- www.europa.eu/lisbon_treaty/index_es.htm
- www.eur-lex.europa.eu
- www.register.consilium.europa.eu
- www.realinstitutoelcano.org/wsp/portal/rielcano/FuturoEuropa/
- www.foreignaffairs.com

Bibliografía sobre la metodología

- Cabo, I. Metodología de les ciències socials i humanes. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 1998.
- Quivy, R., Campenhoudt, L. Manual de recerca en ciències socials. Barcelona: Herder, 2007.
- García Santiago, Lola. Extraer y visualizar información en Internet: el Web Mining. Gijón: Ediciones Trea, 2003.