

LA CUESTIÓN DE LA IDENTIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL, EUROPEO Y COMPARADO: POR UNA VISIÓN RELACIONAL DEL DERECHO

THE QUESTION OF IDENTITY IN INTERNATIONAL, EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW: FOR A RELATIONAL VISION OF LAW

Antonio Lazari*

RESUMEN: Ante la continua batalla identitaria que marca el camino del principio del siglo XXI, este trabajo propone una actualización del concepto filosófico, político y jurídico de la identidad nacional, históricamente forjada en la era del Estado nación. Mediante el prisma del derecho internacional y comparado se propone una teoría de la(s) identidad(es) basada(s) en una revisión de las identificaciones jurídicas del Derecho del siglo XXI. La renovación cognitiva generará una concepción de identidades jurídicas más complejas y porosas. Frente a la construcción del sujeto jurídico occidental basado en la exclusión e imposición tanto en la esfera del derecho internacional como de la metodología comparada, se asoma en el escenario supranacional una visión de identidad que se plasma no por oposición (Aut/Aut), sino mediante la relación con el Otro: es el paradigma europeo. Mediante el estudio relacional de los valores de la Unión (art. 2 TUE), de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en la Unión Europea (art. 6.3 TUE) y de la propia identidad nacional (art. 4.2 TUE), propondremos una profunda renovación de los instrumentos metodológicos pertenecientes a estas dos disciplinas con el fin de crear un nuevo sujeto jurídico relacional y forjar una relación dialéctica (no ya de yuxtaposición, sino) de convivencia con el Otro.

* Profesor titular, Universidad Pablo de Olavide. Correo-e: alazari@upo.es, ORCID ID: 0000-0002-6781-2666. Este trabajo está dedicado a la memoria de mi madre y no ha contado con ninguna financiación directa o indirecta procedente de entidad alguna, pública o privada, con o sin ánimo de lucro.

PALABRAS CLAVE: Identidad nacional; Derecho Internacional; Derecho de la Unión Europea; tradiciones constitucionales comunes

ABSTRACT: Faced with the continuous identitarian clash that marks the path of the beginning of the twenty-first century, this work proposes an update of the philosophical, political and legal concept of national identity, historically forged in the era of the closed nation state. Through the prism of international and comparative law, a theory of identity(s) based on a review of the legal identities of twenty-first century law is proposed. Cognitive renewal will generate a conception of more complex and porous legal identities. Faced with the construction of the Western legal subject based on exclusion and imposition both in the sphere of international law and comparative methodology, a vision of identity emerges in the supranational scenario that is reflected not by opposition (Aut/Aut), but through the relationship with the Other: it is the European paradigm. Through the relational study of the values of the Union (Art. 2 TEU), of the constitutional traditions common to the Member States in the European Union (Art. 6.2 TEU) and of the national identity itself (Art. 4.2 TEU), we will propose a profound renewal of the methodological instruments belonging to these two disciplines in order to create a new relational legal subject and forge a dialectical relationship (no longer of juxtaposition, but) of coexistence with the Other.

KEYWORDS: National identity; International Law; European Union law; common constitutional traditions

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.— 1. DE LA NECESIDAD DE TEJER TELAS DE ARÁÑAS EN LAS IDENTIDADES DEL SIGLO XXI. 1.1 El árbol, el “gran estilo”: el sujeto omnisciente. 1.2 Las identidades complejas o de los nudos *quipu*. 1.3 La propuesta del *écart*: la identidad que se plasma continuamente con el Otro.— 2. EL ORIGEN DE LAS IDENTIDADES CIENTÍFICAS Y SU INFLUENCIA EN LAS IDENTIDADES ESTATALES EXCLUYENTES. 2.1 Los principios generales del Derecho Internacional en la época contractualista. 2.2 El origen de otra identidad científica.— 3. EL ENTRELAZAMIENTO DE LA IDENTIDAD NACIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO POLÍTICO Y JUDICIAL.— 4. LA IDENTIDAD DE LA UNIÓN COMO REPOSITORIO DE LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES.— 5. LA PONDERACIÓN DE LA IDENTIDAD ESTATAL EN EL DERECHO PRIMARIO ESCRITO DE LA UNIÓN Y EN LOS PROCEDIMIENTOS POLÍTICOS.— 6. LOS CIMIENTOS JURÍDICOS NO ESCRITOS DE LA IDENTIDAD DE LA UNIÓN: LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES. 6.1 Las tradiciones constitucionales comunes en la tela de araña textual del derecho primario. 6.2 Las tradiciones constitucionales comunes y la identidad constitucional en el diálogo judicial. 6.3 La identidad nacional encubierta en las normas de convivencia social.— 7. LA CIFRA DEL PRINCIPIO DEL PLURALISMO DEL ART. 2 TUE COMO MARCO EXTREMO DE DIÁLOGO.— 8. RELEVANCIA Y LÍMITES DEL ART. 2 TUE COMO *GRUNDNORM* ÉTICA.— CONCLUSIÓN.— FUENTES CITADAS

INTRODUCCIÓN

Las nuevas vicisitudes del Derecho Internacional, tanto en la difusión global de la pandemia, como en la intervención bélica en Ucrania, nos llevan a ponernos ante un espejo metafórico para interrogarnos quiénes realmente somos los europeos y/o los occidentales ante el mundo. Desde el punto de vista de la teoría del Derecho este trabajo pretende ofrecer una actualización del concepto filosófico, político, social y jurídico de identidad, que fue pensado en una época que se ha interpretado con las lentes de una relativa simplicidad social y política y desde nuestro punto de observación. Este déficit teórico se corresponde con una práctica filosófica, política, social y jurídica que simplifica, empobrece y adultera nuestra comprensión de la realidad. Algunos sistemas cognitivos actuales están tratando de elaborar respuestas capaces de gestionar la creciente complejidad del mundo, pero a veces son impotentes ante quienes ofrecen una idea simplificadora y excluyente de la identidad, de lo que (supuestamente) somos. “¿Quiénes somos” implica más profundamente la pregunta sobre “¿Cómo vernos?” (o “¿Cómo interpretar la realidad?”). No se trata, como se puede intuir, solo de una cuestión de índole y ámbito jurídicos; la identidad nos define también a nivel de sistemas de comprensión de la realidad. La identidad científica determina la identidad social y jurídica. Si hemos impuesto una manera de ver el mundo (jurídico) con nuestras lentes, no sabremos ver el mundo.

El Derecho (y en particular en sus vertientes iuscomparativa e iusinternacionalista, que operan actualmente en entornos de elevada complejidad) no ha encontrado todavía su teoría identitaria. Ya no tiene que enfrentarse a los problemas del siglo XIX (o de parte del siglo XX), sino a las acuciantes incógnitas de convivencia global del siglo XXI. Si las categorías cognitivas de otras disciplinas científicas han efectuado —o están efectuando— el tránsito del paradigma moderno a las cosmovisiones postmodernas, no hay razones para suponer que tal cambio paradigmático no se pueda producir en el perímetro jurídico ante los nuevos desafíos identitarios, siempre y cuando se le dote de una arquitectura conceptual adecuada. En este trabajo se formula una teoría de la(s) identidad(es) mediante una revisión de las identidades propias de las ciencias del Derecho del siglo XXI desde el presupuesto de que esta renovación cognitiva será el resultado de hacerlas más complejas y porosas. Para estudiar profundamente el tema de la identidad en el Derecho, emplearemos instrumentos metodológico identitarios de las dos disciplinas (iuscomparatista e iusinternacionalista) que se han ocupado de la relación con el Otro y los revisaremos teniendo bien presente el marco epistemológico general.

La primera parte del trabajo versará sobre el tema identitario enfocado en clave interdisciplinaria. Se tratará de individualizar los principales puntos clave para la comprensión de la temática de las identidades en una renovada visión relacional y compleja. En el segundo fragmento la atención investigativa se desplazará en el ámbito iusinternacionalista, analizando principalmente la interacción de la disciplina del derecho internacional con la me-

todología comparativa para crear una idea de sujeto jurídico occidental y, consecuentemente, clasificar, separar y excluir a los Otros. La tercera sección girará en torno a la idea —central en este trabajo— de la comprensión de la cuestión identitaria en la Unión Europea (y en el espacio jurídico europeo en general), formulando propuestas de índole relacional y compleja según las pautas extraídas en el análisis previo. Partiendo de las conclusiones comunes al tema identitario, plasmado al art. 2 TUE, tanto en los espacios jurídicos de derecho internacional y europeo, en la cuarta parte se formularán algunas conclusiones en torno a la propia identidad y responsabilidad en las dos ciencias jurídicas.

1. DE LA NECESIDAD DE TEJER TELAS DE ARAÑA EN LAS IDENTIDADES DEL SIGLO XXI

La temática relativa a la identidad ha ido asumiendo una dimensión inédita en los últimos años tanto a nivel social, político, jurídico, como literario. Recientemente han sido publicadas obras que, quizás también por la magnitud inexplorada de las medidas de confinamiento planetario, afrontan directa o indirectamente las temáticas relacionadas sobre nuestra identidad. Entre otros, Maalouf, desde hace décadas atento conocedor de las identidades sociales e individuales (Maalouf, 2012; Maalouf, 2019), en su último escrito invierte la relación con los Otros (Maalouf, Nuestros inesperados hermanos, 2020). El reconocimiento de nuestra identidad mediante el *ribaltamento* de la visión consolidada: “nuestra civilización reducida a la categoría de indígena. [...] Si lo cito a veces es porque las actuales turbulencias me recuerdan precisamente ese episodio de la historia. Lo que vivieron entonces los aztecas o los incas le está sucediendo ante nuestros ojos al conjunto de las civilizaciones humanas: una develación brutal de nuestros conocimientos, de nuestra visión del mundo, de nuestra identidad y de nuestra dignidad” (Maalouf, Nuestros inesperados hermanos, 2020, págs. 246-247).

La ruptura de la inercia epistemológica moderna hace aflorar una nueva idea de relación con el Otro, situada a su vez desde una angulación sorprendente, ajena a las visiones etnocéntricas anteriores (Said, 2003). En efecto, Boaventura de Sousa Santos (Boaventura de Sousa, 2021) nos advierte de que quizás estemos ante al final de una era que comenzó en el siglo XVI con la expansión colonial europea¹ con un primer encuentro/choque con Otras civilizaciones. El cambio de perspectivas identitarias en este caso se consuma en el plano sociológico: “Propongo que partamos del siglo XV el inicio del capitalismo y la reconfiguración de dos formas de dominación, que ya existían antes, pero fueron profundamente reconfiguradas para ponerse al servicio

¹ Cfr. West, C. (2008), *Keeping Faith: Philosophy and Race in America*, Routledge, London.; y Dussel E., (2015) *Filosofías del Sur. Descolonización y Transmodernidad*, Madrid, Akal/Interpares.

del capitalismo. Me refiero al colonialismo y al patriarcado” (Boaventura de Sousa, 2021, pág. 45). La identidad moderna no mueve sus primeros pasos solo con Descartes al calor de su estufa en Ámsterdam, sino con la conquista de América y los debates jurídico-filosóficos que generó la violencia y la novedad de ese encuentro². “La necesidad de justificar la superioridad civilizadora y, por tanto, la dominación material, política, social y religiosa de los pueblos colonizados rompió el viejo esquema identitario aristotélico de un cosmos cerrado en su orden y en sí mismo” (Garcés, 2015, págs. 47-48).

1.1. El árbol, el “gran estilo”: el sujeto omnisciente

Estas sugerentes referencias a la identidad occidental en relación con los Otros que se remontan al primer momento de aproximación y conocimiento de lo ignoto requieren una reflexión más profunda en torno a la delimitación de la idea de civilización. En este sentido Foucault vio en el siglo XVII, y en particular en la filosofía cartesiana, un hito decisivo, capaz de distinguir el antiguo del moderno *episteme*: el primero centrado en el pensamiento de similitud, analogía y concatenación; el segundo sobre el pensamiento de la diferencia, de la confrontación, y, por lo tanto, de la comparación (Foucault, 2013, pág. 69).

Con el advenimiento de la época moderna la convicción de la omnipotencia de las operaciones cognitivas de extrapolación y purificación, el laboratorio, la investigación y aislamiento del objeto puro y los procesos de abstracción y generalización se transforman también en la matriz cultural de fondo (epistémica, diría el arqueólogo del conocimiento Foucault) de la conversión del deseo de simplificación en un deseo de pureza³.

Esta *episteme* moderna ha impregnado de sí todas las ciencias modernas. Siguiendo la estela de la *episteme* foucaultiana y remitiéndonos a una visión plástica diseñada por Moretti, podemos refigurar este modelo cognitivo con la imagen del árbol (Moretti, 2000). El paradigma del árbol está en la raíz —es el caso de decirlo— de la identidad del siglo XIX: el árbol, con sus ramas, simboliza una representación metafórica de la transición de la unidad original (de los máximos sistemas políticos del Papado y del Imperio) a las diferenciaciones (de culturas, lenguas, religiones, derechos, sistemas económicos, etc.), cristalizada en las diversas tradiciones nacionales y desarrollada en una relación de independencia mutua y autonomía sustancial. Un famoso aforismo de F. Nietzsche, en “Humano, demasiado humano”, definió en el aforismo 43 el siglo XIX como “la era de la comparación” (Nietzsche, 2014);

² En ámbito antropológico notable es el cambio conceptual planteado por el poderoso estudio de GRAEBER., D., y WENGROW, D., *The Dawn of Everything: A New History of Humanity*, Allen Lane, 2021.

³ Cfr. Ceruti, M. - Bellusci, F., *Abitare la complessità*, Mimesis, Milano – Udine, 2020, p. 41.

un siglo, es decir, marcado por la muerte de las dogmáticas y de las estipulaciones apriorísticas, y connotado, por otro lado, por el espíritu empirista, dirigido a la taxonomía racional de los fenómenos sociales y culturales y, por lo tanto, a su comparación. El método comparativo representó un elemento importante para la redefinición del estado de las ciencias de la vida⁴. El “¿quién soy?” surge de la oposición identitaria al Otro (“Quién no soy”). Este modelo científico y cognitivo representa también el paradigma de aproximación al Otro, plasmando la identidad (del Derecho) occidental y creando la narrativa necesaria para definir el tronco del árbol y sus ramificaciones: el sujeto jurídico occidental y los Otros, barbaros o salvajes⁵. En filosofía este recorrido epistemológicamente predeterminado desemboca en la afirmación estentórea de Hegel: “La verdadera filosofía comienza en Occidente” (Hegel, 1955, pág. 55). La filosofía es occidental, al igual que el derecho y cualquier disciplina del saber que pretenda ser tal, porque sólo en la Grecia antigua se verificó la concurrencia entre la libertad política y la libertad de pensamiento del individuo: este y no otro es el punto de partida y definición de la filosofía. Y de allí no sólo se delinea el camino de un recorrido histórico, sino que se alza el criterio para distinguir la verdadera de la falsa filosofía: solo es filosofía aquella forma de pensar que haga suya, como principio y condición, la libertad de pensamiento. “Toda forma de pensamiento que se haya dado antes del giro griego o fuera del ámbito occidental, puede tener que ver con el desarrollo del espíritu y de la humanidad universal, pero no es verdadera filosofía” (Garcés, 2015, pág. 34).

En sede literaria brillante es el análisis de Claudio Magris en un excelente y denso ensayo sobre “El hombre sin calidad” de Musil en torno al “gran estilo” que nos ilumina en torno a esta mentalidad catalizadora. Se trata de la capacidad de la literatura “*di ridurre il mondo all’essenziale e di dominare la proliferazione del reale in una laconica unità di significato*” (Magris, 1979, pág. 259). En su afán por forzar y comprimir las dolorosas disonancias de la vida —pero también sus rebeldes diversidades— en su compacta unidad, el “gran estilo” es también violencia: “*è la violenza metafisica di un pensiero che impone alle cose una camicia di forza e fa di esse i simboli di un universale e di un’identità che viola la loro singolarità e la loro autonomia*” (Magris, 1979, pág. 260). Cada pensamiento, continúa Magris, “*che conferisce unità — o meglio*

⁴ En la historia económica véase Fumian, C. - Giuntini, A. (2019), *Introduzione*, En C. Fumian, A. Giuntini (Dirs.) *Storia economica globale del mondo contemporaneo*, (pp. 12-13). Carocci. Cfr. Farina, F., (2020) *Istituzioni giuridiche del mercato ed istituzioni economiche del governo: una comparazione fra Stati Uniti ed Europa*, En Resta G., Somma, A., Zeno Zencovich, V., (Dirs.), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*. (pp. 148-149). Mimesis.

⁵ Absolutamente imprescindible no solo en la ciencia iuscomparativa, sino en la comprensión de nuestra identidad es la obra de Bonilla Maldonado, D., (2020) *Los bárbaros jurídicos: Identidad, derecho comparado moderno y el Sur global*, *Siglo del Hombre Editores*.

la propria unità — al mondo è un gesto di autorità, che impone silenzio a ciò che è radicalmente diverso e lo esclude dalla storia" (Magris, 1979, pág. 262).

En la epistemología de las identidades las prácticas comparativas han contribuido a definir las dimensiones más características de la sociedad moderna, desde el arte, la ciencia, la política. El último capítulo de esta fascinante historia es la soldadura entre la actitud comparativa y clasificatoria, que connota inequívocamente el mundo en el que vivimos y quiénes somos⁶.

Por este motivo, la identidad entendida en términos monolíticos (arborescentes podríamos ya decir) por un lado, no nos deja ver el bosque de la multiplicidad, y más aún la maraña de similitudes que existen en Nosotros, y, por otro, elimina las relaciones de similitud/diferencia que nos unen a los demás. *"Da un lato trasforma illusoriamente i soggetti (i noi) in entità piene, compatte, compiute, dall'altro trasforma la rete delle relazioni intersoggettive in un vero e proprio deserto, in uno spazio in cui si profila un unico tipo di relazione, ovvero la relazione che oppone noi agli altri"* (Remotti, 2019, pág. 28).

Un elemento de gran relevancia en este primer análisis sobre la identidad se refiere ya a nivel sincrónico a la desinencia de número, que termina por afectar a nuestra visión del mundo. Estas categorizaciones epistemológicas afectan hoy en día a nuestra manera de ver el mundo en un atlas de colores muy marcados y diferenciados. Son las taxonomías iuscomparativas.

En la teoría de Amartya Sen un enfoque "singularista", (nosotros lo definiremos reduccionista), representa una forma sencilla o, mejor dicho simplista, de malinterpretar a casi todos las culturas e individuos del mundo (Sen, 2007, pág. 45). Tanto a nivel colectivo (Sen, 2007), como en la esfera literaria y antropológica [(Maalouf, 2012) y (Appiah, 2018)] la identidad se debería conjugar al plural dada su connotación polifacética. La reducción de un ser complejo o de una colectividad compleja a una sola de sus angulaciones identitarias puede llevar a una posición hegemónica o, incluso, violenta⁷.

1.2. Las identidades complejas o de los nudos quipu

En el pensamiento de Sen emerge poderosamente el rechazo de este argumento reduccionista:

el mundo es visto cada vez más, aunque sólo sea implícitamente, como una federación de religiones o de civilizaciones, por lo que se hace caso omiso de todas las otras maneras en que las personas se ven a sí mismas. Subyacente a esta

⁶ Fundamental, a este propósito, es el volumen colectivo editado por Steinmetz, W. (2019) *The Force of Comparison. A New Perspective on Modern European History and the Contemporary World*, Berghan.

⁷ Sen, 2007, p. 23: "Se fomenta la violencia cuando se cultiva el sentimiento de que tenemos una identidad supuestamente única, inevitable [...]. La imposición de una identidad supuestamente única es a menudo un componente básico del "arte marcial" de fomentar el enfrentamiento sectario".

línea de pensamiento se encuentra la extraña suposición de que la gente puede categorizarse únicamente según un sistema de división singular y abarcador. (Sen, 2007, pág. 45)

La clasificación de la población mundial por civilizaciones o por religiones, que en derecho comparado se definen taxonomías, produce un enfoque “reduccionista” de la identidad humana, según el cual los seres humanos serían solamente miembros de un grupo (en este caso, definido por la civilización o la religión, en contraste con la dependencia anterior respecto de las nacionalidades y las clases) (Appiah, 2018). Para los filósofos que han explorado profundamente este tema, la identidad (o identidades) del sistema es el resultado de estas diferencias e interconectividades, no algo que les precede⁸. La diversidad empieza a plantearse en términos problemáticos, solo allí donde la dominante epistemología modernista, como ya visto, se perfila como reduccionista o simplificadora (Cilliers P. y Preiser R., 2010, pág. 29). La diversidad no es un problema a resolver, es la condición previa para la existencia de cualquier comportamiento humano relevante. La noción de diversidad se utiliza aquí en el contexto de teorías post-estructurales de significado y de las características de sistemas complejos. La mismidad de Ricoeur no genera significado (Ricoeur, 1992, págs. 23-34). La riqueza del sistema es una función de las diferencias que contiene. Del mismo modo, los sistemas complejos se componen de las interacciones no lineales entre grandes cantidades de elementos que no son necesariamente complejos en sí mismos. Recientemente páginas de grande altura sociológica y política han sido escritas por Daniel Innerarity (2020, p. 35) en torno a democracia compleja.

El punto a enfatizar es que una abundancia de diferencia no es una conveniencia, es una necesidad: lo veremos más detenidamente en el párrafo dedicado a la Unión Europea. Los sistemas complejos no pueden ser lo que son sin ellas, y no podemos entenderlos sin la realización de distinciones múltiples. Dado que las interacciones en estos sistemas no son lineales, su complejidad no puede reducirse. La eliminación de relaciones, es decir, la reducción de la diferencia en el sistema, distorsionará nuestra comprensión de dichos sistemas. Por este motivo, insistimos que la idea de identidad epistemológica, tendente a la reducción de lo múltiple a uno, influye en la identidad colectiva o individual. La falta de reconocimiento de esto conduce a un error, que no sólo es técnico, sino también ético, como veremos luego. Cuando pretendemos entender o modelar simplistamente un sistema complejo, tal pretensión no sólo es una *hybris*, sino que también es una violación de lo que se está modelando, especialmente cuando estamos tratando con sistemas humanos o sociales. Un sistema sobrevive y —también florece— en términos de tensiones continuas con el entorno, por este motivo existe y funciona en la medida en que construye una tela de araña de tensiones relacionales. Cuando

⁸ Cilliers P. y Preiser R., (2010) *Complexity, Difference and Identity*, Springer Netherlands, p. 26: “we cannot use the notion of difference without reference to the notion of identity. Yet, identity does not determine difference, it is produced by it”.

alcanza un estado de equilibrio, deja de existir (Derrida, 1991). Se pasa, entonces, del “Soy A, porque no soy B, C y D” al “Soy A, en la medida en que convivo con A, B, C y D”. Es el fundamento del principio relacional de la identidad.

Volviendo a la analogía con el texto, podemos describir esta idea de la siguiente manera: los vocablos y las frases existen en un campo contextual, una red de significados. Ellos se refieren el uno al otro y se apoyan el uno en el otro. Se parecen el uno al otro, pero también se distinguen unos de otros. Un texto se convierte en un trama *com-plexa* (entrelazada en latín), y esta red pone restricciones a sus posibilidades (esta consideración la aplicaremos *infra* a los primeros ocho artículos del Tratado de la Unión Europea). En cierto modo, el sujeto es una narrativa destilada de la multiplicidad de posibilidades disponibles del mundo de la experiencia, plásticamente representada como el centro móvil de unas telas de araña de relaciones.

1.3. La propuesta del *écart*: la identidad que se plasma continuamente con el Otro

El hecho de que la visión identitaria excluyente del mundo constituya una luz que oscurece, en lugar de iluminar, realidades explica por qué los comparatistas clásicos, que comparten directa o indirectamente esta cosmovisión, no puedan afirmar conocer al Otro y conocer su propia cultura, entendida como tensión ética tendente a explorar y profundizar, salir continuamente de los confines de su propia experiencia y de los conocimientos adquiridos (Bettini, 2020)⁹. Por este motivo, es absolutamente necesario replantear la cuestión identitaria mediante la contribución de la filosofía, de la antropología jurídica, incluso de la literatura¹⁰, para huir del peligro —siempre presente— en el Derecho Occidental de comparar para “*classificare, separare, escludere*” (Aime, 2020). Particularmente en este periodo, es necesario un *écart*, un movimiento inconsulto, una visión inesperada de la propia realidad: verse de repente distinto, observar nuestra propia identidad desde una angulación inédita (Bettini, 2020). Se hablado al principio del trabajo de la necesidad de ponerse delante a un espejo y mirarse de otra forma: esta operación es un *écart*. Esta operación hermenéutica generará crisis de identidad, similar a los avatares psicológicos que Vitangelo Moscarda nos pone de manifiesto en “*Uno, nessuno e centomila*” de Pirandello, cuando habla de “*scoperta improvvisa e inattesa*” (Pirandello, 1987, pág. 8). Este descubrimiento rompe la

⁹ Bettini, M., *Hai sbagliato foresta*, cit., p. 60.

¹⁰ Resta, G., (2020) *L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline*. En Resta, G., Somma, A., Zeno-Zencovich V. (Eds.) *Comparare. Una riflessione tra le discipline* (p. 23) Mimesis: “Se vi è un elemento comune ai vari discorsi scientifici sulla comparazione, questo è la critica al parrochialismo: il proprium del pensiero comparativo [...] consiste nella capacità di allargare l'orizzonte conoscitivo tramite il confronto con l'altro”.

idea de sujeto solipsista y omnisciente, tal como hemos visto en la novela de Maalouf.

¿Pero cómo plantear el *écart*¹¹?, ¿Cómo obtener esta distancia epistemológica de sí mismo (Derrida, *L'autre Cap. Suivi De La Démocratie Ajournée*, 1991, pág. 41)? En el momento en que se pretende cristalizar la identidad, se le quita vida. Por esto, cuando Jullien se opone frontalmente a la comparación, se refiere claramente a un tipo de operación que mantiene siempre como *prius* lógico una entidad primaria y que establece posteriormente unas diferencias (siempre a su favor) (Jullien, *Contro la comparazione. Lo scarto e il 'tra'*, 2014, pág. 10). Está claro que en la comparación jurídica se reproduce la misma equivocación cognitiva. Por esto, el *écart* se opone a la diferencia. En la deconstrucción, la lectura de los textos de la tradición metafísica occidental tiene como objetivo aniquilar el concepto mismo de sistema que todo unifica, que todo 'identifica', que reduce todo a la identidad. La intención de la deconstrucción es liberar la otredad y abrirse a la diferencia.

El *écart* no funciona clasificando como en las taxonomías iuscomparativas, sino que pone en tensión. No presagia un sistema, sino que realiza el desorden y hace que las culturas y pensamientos parezcan como fructíferos. El *écart* es productivo, mientras la diferencia no produce nada. El *entre* siempre se refiere a otro de sí mismo, no tiene esencia, no tiene nada propio, no otorga identificación, nunca es estacionario. El *entre* no es, no puede existir en sí mismo. El ser no se afirma mediante el no-Ser, sino a través de la incesante puesta en tensión con otros elementos. La identidad no excluye, la identidad se va perfilando con el tejer telas de araña conceptuales de *écart* con otras identidades.

Tras siglos de un sujeto insular y solipsista, relegado en su *cogito* cartesiano y hobbesiano, en sus propiedades absolutas y en sus soberanías violentas, nos damos cuenta finalmente que es del *entre* del entre-nosotros —el inter— de la intersubjetividad, que los sujetos logran su consistencia. De aquí la novedad de la propuesta relacional de Jullien, que trataremos de llevar al plano jurídico. La ciencia comparativa, así como entendida hasta ahora, puede llegar a ser hegemónica o incluso una forma de violencia conceptual (Derrida, *Force of Law: The Mystic Foundation of Authority*, 1990, pág. 920), pues proyecta a cualquier otra realidad jurídica nuestras tradiciones de “naciones más civilizadas”.

Cada tradición jurídica ha de ser entendida como un capital, un recurso del que extraer posibilidades inéditas de comprensión de la realidad: no como una identidad cerrada, determinada, concluida; ni como un repertorio

¹¹ En el incipit de Jullien, F., (2017) *La identidad cultural no existe*, Taurus, p. 11, el traductor Pablo Cuartas aclara que “ante la insatisfacción experimentada hacia algunas opciones tentativas como ‘brechas’, ‘hiatos’ o ‘distanciamiento’ [...] parece más sensato dejar la palabra en su lengua original y solicitar del lector la comprensión del *écart* como distancia creativa, dinámica, inacabada”. Seguramente más fácil es la traducción, por ejemplo, al italiano “*scarto*”.

estéril de principios e instituciones que se pueden intercambiar con las figuras homólogas de otro contexto jurídico. De los tejidos de cada cultura jurídica, el derecho comparado, entendido como puesta en tensión, analiza los pliegues creados por la intersección de planos distintos (Deleuze, 1998). Esta idea la veremos concretizada jurídicamente en el concepto de tradiciones constituciones comunes (Resta, 2020).

Tengamos bien presentes estas consideraciones en torno a la necesaria complejidad de las identidades, entendidas ambas como recursos fructíferos, porque nos serán útiles a la hora de profundizar las mismas temáticas en el seno de la disciplina jurídica. La gramática será compleja y relacional y su representación, en oposición a los compartimentos estancos occidentales, será el nudo *quipu*, (identidad *com-plexa* en el centro de un conjunto de telas de araña), con el cual parece que los Inca construyeran su propio lenguaje (Acosta, 1994, págs. 189-190).

2. EL ORIGEN DE LAS IDENTIDADES CIENTÍFICAS Y SU INFLUENCIA EN LAS IDENTIDADES ESTATALES EXCLUYENTES

Derrida (1990, p. 921) ha demostrado cómo la constitución de una identidad siempre se basa en la exclusión de algo o alguien, estableciendo una jerarquía violenta entre los dos polos resultantes. Lo que es peculiar del segundo polo —las ramas en la metáfora arborescente— se reduce así a la función de un accidente en lugar de la esencialidad del primero: el tronco (Hall, 1997, pág. 23). La identidad monolítica hasta ahora epistemológicamente delimitada asume una dimensión crucial en la construcción del sujeto de Derecho (Occidental) (Bussani, 2010) y en la narrativa que lo sostiene (Berman, 2012).

En el derecho de la *Western tradition* puede ocurrir exactamente el mismo tipo de operación de *actio finium regundorum* y de exclusión examinada por Derrida, principalmente cuando se hace referencia a la arquitectura interestatal del sistema iusinternacionalista y a la cartografía de las taxonomías; ambos constructos convergen en las líneas de demarcación entre las naciones más civilizadas y los barbaros o salvajes (Remiro Brotons, 1996 y Bonilla Maldonado, 2020)

En los territorios jurídicos estatales también se crean las condiciones para construir tanto el sujeto del derecho moderno, inextricablemente ligado a su “Otro” jurídico, como las geografías conceptuales que lo habitan y las formas de concebir la historia en las que se localizan (Legrand, 1997). “El derecho es una forma de imaginar el sujeto y su relación con el mundo: el mundo jurídico moderno está compuesto por tejidos conceptuales complejos e interrelacionados” (Bonilla Maldonado, 2020, pág. 5). Las dos disciplinas jurídicas que han contribuido a elaborar de manera más activa la relación del mundo occidental con los Otros son principalmente el Derecho Internacional (Público) y el Derecho Comparado (Jodoin, 2008 y Patrignani, 2016), artífices de

una identidad epistemológica que durante mucho tiempo —y actualmente de manera mayoritaria— ha permeado la conciencia jurídica moderna (Monateri, 2020).

“*La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République*” (Bodin, 1576, pág. 1119) configurándose desde el principio como un principio *ab-solutus* y aislado. La soberanía asume con el tiempo dos dimensiones contrapuestas; una interna, reunida alrededor de una identidad colectiva supuestamente compacta, fuertemente representada en una comunidad derivada de vínculos históricos y culturales, incluso lingüísticos (Dardot, 2020). Por el contrario, la sociedad internacional está constituida primordialmente por grupos políticamente organizados, los Estados, los cuales difícilmente perciben la existencia de un destino común. “*Il concetto di sovranità dello Stato, nell'accezione assoluta si tale termine, impedirebbe l'esistenza di regole che disciplinino le condotte di tali soggetti*” (Cannizzaro, 2020, pág. 23).

En la vertiente iusinternacionalista se sostiene igualmente que:

international law assumes the natural existence of a Being of the State and that this ontology of statehood constitutes the ontology of international law” y que “*the ontology of statehood having been transformed into an epistemology ultimately leads to the violent suppression of alterity*” (Jodoin, *International Law and Alterity: The State and the Other*, 2008, pág. 2).

La ontología del Estado —la idea jusnaturalista de que los Estados existían naturalmente como seres en el mundo— es parte integral de la estructura fundamental del sistema jurídico internacional, conformando a su propia identidad. Con la teoría positivista, el Estado se concibe como un elemento *prius* —y un sujeto legal en segundo lugar— y como tal es el derecho internacional el que está sujeto a la doctrina de la estatualidad. La identidad así construida es, por lo tanto, una experiencia intrínsecamente violenta, ya que hay violencia interpretativa e infundada en el acto originario de fundar el Derecho Internacional sobre la base del Estado¹². “*The history of international law, being the history of the state, remains a fictive narrativity*”¹³. La ontología del Estado es en sí misma performativa y violenta (Derrida, *Force of Law: The Mystic Foundation of Authority*, 1990). La ética de la estatualidad contrasta fuertemente con la ética de la alteridad. La primera se basa, una vez más, en el Ser, el Estado, del que se derivan dos principios fundamentales: el respeto al soberano (el de no intervención) y el respeto a su voluntad (el consensualismo). La ética de la estatualidad es insatisfactoria por dos razones, ambas vinculadas a sus orígenes, a ese primer momento mítico de fundación (Koskenniemi, 2005 y Martín Rodríguez, 2008). En primera instancia, estas éticas tienen consecuencias violentas para el Otro tanto en términos intelectuales

¹² Cfr. Nijman, J.E., (2007). Paul Ricoeur and International Law: Beyond ‘The End of the Subject’. Towards a Reconceptualization of International Legal Personality, *Leiden Journal of International Law*, 20, 25–64.

¹³ Cfr. Beaulac, S. (2000). The Westphalian Legal Orthodoxy –Myth or Reality?, *Journal of the History of International Law*, 148, 456-480.

tuales como físicos. En segundo lugar, estas éticas son abstractas, formales y universales, escondiendo una visión restringida y conformada respecto a la identidad occidental. Como ya hemos visto, la identidad monolítica es el Ser omnisciente: es (y solo puede ser) el Estado de la tradición hegeliana occidental (Rajagopal, 2003).

La difusión de la cultura jurídica moderna de la *Western tradition*, su interacción con las otras culturas mediante circulaciones de modelos ha comportado la aceptación hegemónica consciente o inconscientemente de sus categorías previa a la configuración de su identidad. La propia arquitectura del Derecho Internacional y Comparado modernos se fundamenta en estas categorías sustancialmente estatales.

La narrativa que ha generado la identidad y la correspondiente taxonomía focalizada sobre la tradición occidental ha naturalmente influido en la definición del Oriente y de los bárbaros como sujeto colonial (Remiro Brotons, 1996). Por esto, ni el Derecho Comparado ni el Derecho Internacional pueden decirse ciencias neutrales (Frankenberg, 2016, pág. 231). Las taxonomías, inicialmente construidas en torno a la idea arborescente del siglo XX, se erigen a partir de un concepto de Derecho implícito: esconden una visión etnocéntrica del Derecho.

Esto ocurre principalmente a través del uso de conceptos como la personalidad, la soberanía y la estatualidad, cada uno de los cuales se desarrolló en respuesta a encuentros con diferentes Otros. Desde el punto de vista del Derecho Internacional estos diferentes encuentros (alguien lo ha definido “choques de civilizaciones”) fueron marcados, y siguen siéndolo, primero por la existencia previa de Estados o ciertos Estados, así como por la inteligibilidad de los Otros. Las diferentes formas en que la subjetividad se despliega en el Derecho Internacional implica un ejercicio mediante el cual el Yo —el Estado— busca entender al Otro —el no Estado— pero al hacerlo sólo reduce la alteridad del Otro. Esta parilla conceptual constituye la arquitectura básica a partir de la cual los comparativistas paradigmáticos se aproximan al Otro, a sus principios y determinan su cercanía o no al Derecho, su admisión o no al Gotha social. La identidad científica (excluyente) genera identidad jurídica (excluyente): “se trata de clasificaciones, taxonomías y tipos ideales que al crear al “otro” del derecho moderno siempre lo subordinan” (Bonilla Maldonado, 2020, pág. 175).

También en el ámbito iusinternacionalista se pueden individualizar tres temas principales o formas de exclusión: el desarrollo de la soberanía del Estado en un sistema estatal europeo emergente y su ecuación final con la subjetividad jurídica internacional (exclusión de o en Westfalia), la construcción de la alteridad en los contextos coloniales y contemporáneos (exclusión de o en Berlín) y las consecuencias violentas de tales exclusiones (exclusión de la conferencia y/o campo de batalla) (Jodoin, 2009, pág. 11). Y en este sentido se ha señalado:

It was a discourse of exclusion-inclusion; exclusion in terms of a cultural argument about the otherness of the non-European that made it impossible to extend European rights to the native, inclusion in terms of the native's similarity with the European, the native's otherness having been erased by a universal humanitarianism under which international lawyers sought to replace native institutions by European sovereignty (Jodoïn, 2008, pág. 11).

El progresivo incremento del contacto con los Otros no europeos agudizó aún más el significado de la condición de Estado soberano y coincidió con el desarrollo de criterios objetivos para la subjetividad internacional en la doctrina positivista del siglo XIX. Dado que el —único— acerbo de derecho positivo se había originado en Europa, sólo era aplicable a los Estados europeos¹⁴.

En definitiva, la estatualidad ya no era una condición suficiente para la consecución de la personalidad jurídica internacional, pues sólo aquellos Estados que habían logrado un grado de civilización, aproximado al nivel de la Europa occidental, eran sujetos apropiados de derecho internacional. A nivel fundacional (Taylor, 1989) la noción de Estado civilizado estaba inexorablemente ligada al requisito de la existencia de un conjunto de naciones europeas¹⁵.

La identidad epistemológica transitó de una idea de subjetividad explícitamente europea o cristiana a un concepto que fue elaborado más sutilmente, descansando en la doctrina legal del criterio de civilización (Schwarzenberger, 1955). Obviamente los Estados cristianos europeos siguieron siendo los principales árbitros, adjudicadores del grado requerido de civilización para la entrada en el sistema internacional. Para Walker, el término “Estado civilizado” se refería a un esquema objetivo de progreso positivista, como en la teoría comparativa de Maine, desvelada por Bonilla (2020):

International law, if it is to beat once definite and reasonably progressive, must cut a drift from the practice of laggard nations. A community becomes a state when it becomes possessed of some clearly marked characteristics: it becomes an international person when, possessing those characteristics, it makes known its ability and its intention reasonably to approximate its international conduct to the demands of the highest civilization (Walker, 1895, pág. 7).

Esta *actio finis regundorum* (Bettini, 2020, pág. 52) ha connotado a nuestro Derecho Occidental y a su identidad representada magistralmente en la concepción de *closure* de P. Glenn (2013), explicitada en la propia idea de principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Si el mundo de las relaciones internacionales del siglo XIX y XX ya no es el mundo de Westfalia, ese espacio de mónadas encerradas en sí mismas y entre

¹⁴ Cfr. Fauchille, P., (1922) *Traité de droit international public, Rousseau et Cie.*, pp. 28–29; Hall, W., (1909) *A Treatise on International Law, The Clarendon Press*, p. 39.

¹⁵ De Martens, F. (1883). *Traité de droit international, Paris, Chevalier-Marescq et cie.*, pp. 270–271. Según Martens, ya que la fundación de la comunidad internacional se basaba en las aspiraciones distintivas de la cristiandad europea, los Estados no europeos fueron naturalmente excluidos de la participación en esta comunidad.

ellas lábilmente conectadas por un proto-derecho de coexistencia y yuxtaposición, tampoco es asimilable a las comunidades que viven dentro de los confines estatales.

2.1. Los principios generales del Derecho Internacional en la época contractualista

Hubo, entonces, una época en la que el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Público compartían mesa e iban de la mano hacia un horizonte evolucionista y excluyente. Es el periodo contractualista del Derecho Internacional, connotado por acentuados rasgos etnocéntricos. Las observaciones de los internacionalistas, como Koskenniemi por un lado (Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, 2001, págs. 201-202), y de los comparatistas, como Bonilla (2020, pp. 175-231), por otro, coinciden cada uno en su ámbito en esta dirección.

Desde el primer observatorio, destaca la figura de Descamps, profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Lovanio, convencido partidario del arbitraje internacional y miembro de la delegación belga en la Conferencia de La Haya de 1899, que redactó en calidad de miembro del *Comité des juristes* el borrador del Estatuto de la Corte permanente de Justicia Internacional, proponiendo con éxito insertar “los principios generales de derecho reconocidos por las Naciones Civilizadas”. En 1899 —apunta Koskenniemi— lo encontramos mientras escribe un panfleto colonialista, titulado *L’Afrique nouvelle* (Descamps, 1903), que contiene especulaciones acerca de los beneficios que Países pequeños como Bélgica habría sacado de la colonización. Se había hecho todo lo posible por realizar la misión civilizadora. Según Descamps la colonización de África no sólo estaba justificada, sino “impuesta por la dúplice ley de la conservación y del progreso que es la ley de la humanidad” (Descamps, 1903, pág. 123). Teniendo en cuenta que la expresión “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, se reproduce con la misma colocación numérica en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, adoptada el 26 de junio de 1945, podemos observar una significativa continuidad en esta identidad civilizadora.

La perspectiva comparativa coincide en fechas y contenido con la que acabamos de mencionar. Convencionalmente, el nacimiento del derecho comparado como ciencia autónoma se remonta al Congreso internacional, justamente de derecho comparado, celebrado en París con ocasión de la Exposición universal de 1900.

Para afirmarse, la nueva ciencia ha debido acreditarse ante el mundo científico del nuevo siglo como ciencia dirigida a una finalidad bien concreta que, durante el congreso parisino de 1900, quiso sintetizarse de esta manera: identificar tendencias comunes a los ordenamientos con características económicas y sociales asimilables, para indicar así líneas “ideales de progreso jurídico”. Se trataba de elaborar modelos de política del derecho con los que

orientar el desarrollo de esos ordenamientos y contribuir entonces a confeccionar “el derecho común de la humanidad civilizada” (Saleilles, 1900).

La clasificación subyacente al derecho internacional de finales del siglo XIX se basa ineludible —y quizás— inconscientemente en la aportación metodológica del derecho comparado. Cuando Koskenniemi analiza el “mito de la civilización” en términos de lógica de exclusión/inclusión mediante la reconstrucción del formante doctrinario de la ciencia del derecho internacional del tiempo, con las aportaciones de Westlake, Fiore, Heilborn, es absolutamente evidente que, al margen de las lógicas distinciones teóricas individuales, yacía de fondo una idea de ordenamiento jerárquico modulado por diferentes niveles de desarrollo, al igual que ocurría en la teoría de Maine, analizada a contraluz por Daniel Bonilla (2020). Residía, por tanto, en ambas ramas del derecho una cosmovisión positivista que, aunque reconociendo una pluralidad de civilizaciones, terminaba por graduarla en términos de civilizadas, bárbaras y salvajes, según la tripartición de Lorimer (Lorimer, 1883., págs. 93-100). Koskenniemi y Glenn (2006 y 2011) convergen en la afirmación de una identidad eurocéntrica del Derecho del siglo XX.

Esta osmosis hermenéutica desemboca claramente en el fenómeno de los principios generales de las naciones más civilizadas del art. 38 del Tribunal Permanente, reproducido tal cual en el actual art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Era una consecuencia absolutamente lógica y consecencial de las visiones del mundo iuscomparativo y iusinternacionalista que terminaban por cimentar la identidad excluyente del mundo occidental. La empresa de yuxtaponer a Estados soberanos estaba precedida por una construcción iuscomparativa del orden identitario y se convertía en una guerra de desgaste estatualista declarada contra los Otros y todo lo que es distinto. Esta operación transforma a las poblaciones en extranjeras y las hace irritantes, alarmantes: las líneas de demarcación deben ser siempre bien visibles y netamente definidas (Bauman, 2016).

2.2. El origen de otra identidad científica

Tras la tragedia de la Segunda Guerra, la identidad estatal excluyente entra en una profunda crisis. El surco de la línea divisoria interno/externo se va esfumando y el Derecho constitucional occidental se abre, al menos formalmente, a la Comunidad Internacional; mientras esta va paulatinamente, desplegando axiológicamente sus valores y principios, gestados tradicionalmente en el hábitat estatal.

Desde el primer punto de observación, las constituciones modernas no solo reflejan los valores propios de la comunidad nacionales, ni, mucho menos, tienden a imponerlos en su exterior como valores universales. Al contrario, ellas se abren al mundo: reconocen la existencia de una proto-comunidad internacional y de un Derecho fuera del Estado; entran en una relación dialéctica con estos sistemas y con los valores que expresan. La expresión su-

prema de esta apertura radica precisamente en la posibilidad de renunciar a las prerrogativas soberanas para la construcción de un orden exterior que garantice los valores universales de paz y justicia (Cannizzaro, 2020, pág. 61).

Fuera del Estado se ha desarrollado una visión de organización internacional principalmente basada en el sistema de las Naciones Unidas, donde para garantizar la paz la Carta de San Francisco, por un lado, prohíbe a los Estados el uso de la fuerza, si no a título de legítima defensa, y, por otro lado, confía el monopolio del uso de la fuerza a un órgano internacional centralizado: el Consejo de Seguridad, justamente “creado para mantener la paz y no para cambiar al mundo”¹⁶.

Si las Naciones Unidas han sustraído a los Estados la prerrogativa principal de la identidad soberana, es decir, del uso de la fuerza, tal pérdida ha sido inmediatamente recuperada por el papel predominante de los Estados, *rectius* de algunos Estados, en el seno de las Naciones Unidas. En definitiva, parece que la Carta de las Naciones Unidas haya decidido combatir la identidad soberana de índole hegemónica a través de la voluntad de (algunos) Estados. Consiguientemente, su igualdad soberana, solo formal, se ha convertido en un diferente equilibrio, que termina por reflejar las relaciones de fuerza entre Estados, reproduciendo *mutandis mutandis* una situación oligárquica alargada, no muy disímil de la identidad arborescente anterior. Los Estados menos poderosos están, en efecto, protegidos por la prohibición del uso de la fuerza, siempre que no alteren excesivamente los planes de las grandes potencias. “*Se si dovesse definire in una formula lo stato della sovranità dopo l’istituzione delle Nazioni Unite che vada oltre l’orpello della sovranità eguaglianza fra gli Stati, non sarebbe forse inappropriato parlare di feudalesimo della sovranità*” (Cannizzaro, 2020, pág. 85). El Otro se acerca al club de las naciones del Primer Mundo, pero se queda nuevamente en el umbral del reconocimiento, aun formando parte de la nómina de los Estados miembros de las Naciones Unidas (Oliete-Aldea, 2015).

A diferencia de la concepción excluyente del Derecho, en el experimento europeo, sin embargo, se va creando una progresiva tensión conceptual entre diferentes ideas de identidades constitucionales y nacionales dentro del propio Estado y fuera de él en continua interacción con los ordenamientos internacional y europeo. A diferencia del diseño fundacional de las Naciones Unidas, el proceso de integración europea habría tenido que progresar sin enturbiar la soberanía de los Estados, pero, a la vez, erosionando progresivamente el contenido y preparando el terreno para otras, y más comprometedoras, formas de integración. Las primeras comunidades europeas no estaban pensadas para competir con el Estado en el plano del control y reglamentación sistemática de la vida de la comunidad territorial. Ellas estaban fundadas, en síntesis, para integrar las economías de los Estados en vistas de

¹⁶ Dictamen consultivo de 21 de junio de 1971, Consecuencias jurídicas para los Estados de la continua presencia de Sudáfrica en Namibia, voto contrario de Sir Gerald Fitzmaurice, par. 115

futuras formas de integración: el punto de vista y la estrategia es funcional. Esta filosofía política se basa en una concepción antitética de la soberanía. No se asienta en la idea escatológica de un poder supremo y feudal, sino la visión de coparticipación de competencias limitadas encaminada a integrar desde abajo las diferentes comunidades sociales. Al contrario del mecanismo conceptual y maniqueo de la soberanía, la dinámica de la integración europea aparece más bien centrado en un enfoque incremental del poder político, promoviendo muy sutil y profundamente una percepción de comunidad de individuos. Sin embargo, la esencia de la *closure* subyacente no desaparece, sino que reaparece bajo el disfraz de una versión excluyente de la identidad constitucional.

3. EL ENTRELAZAMIENTO DE LA IDENTIDAD NACIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO POLÍTICO Y JUDICIAL

La actitud excluyente hobbesiana *mutatis mutandis* ha reaparecido con renovado vigor en estos últimos años. Emerge claramente no solo en el fenómeno populista, sino en la correspondiente tendencia a la retirada de tratados internacionales, principalmente de alcance multilateral. “*It demonstrates that, in their rhetoric, populist governments promote an understanding of international law as a mere law of coordination*” (Krieger, 2019, pág. 996). El retorno a una idea excluyente del Derecho aflora en la Declaración conjunta sobre la promoción del derecho internacional, emitida por la Federación de Rusia y China el 25 de junio de 2016 (Declaración de la Federación de Rusia y la República Popular China sobre la promoción de Derecho Internacional, 2016):

the fact is that there was a plan that those present at the creation of the post-1945 world order shared to a degree, that was supplemented by subsequent common action, that was interrupted but not destroyed by Cold War rivalry, and that constituted a sort of genetic program for that order which was largely completed following the gradual end of the Cold War (Crawford, 2018, pág. 4)

La declaración, que destaca, en particular, la igualdad soberana de todos los Estados, el principio de no intervención y el consentimiento de los Estados como base del Derecho internacional, también puede considerarse como la pretensión de estos dos Estados de entender el Derecho Internacional como sistema de normas de mera coordinación.

Esta política excluyente se hace patente en los distintos episodios de retirada de acuerdos multilaterales, amenazados, como en el supuesto de Sudáfrica del Estatuto de Roma (Democratic Alliance v Minister of International Relations and Cooperation and Others, 2017) o reales [no solo en el caso del célebre Brexit (R. on the application of Miller and another), sino también de Estados Unidos del Acuerdo de París (‘Statement by President Trump on the Paris Climate Accord’, 2017)]. “*Over time, this may precipitate a larger-*

scale retreat into nativism and unilateralism. We should be ready to defend the communitarian values of international law against this possibility” (Crawford, 2018, pág. 2).

Para preservar sus políticas de identidad, los gobiernos populistas a menudo se basan en elementos más tradicionales del Derecho Internacional. Su ideal tiende a promover aquellas normas internacionales que protegen la soberanía del Estado y el *domaine réservé* : “el Nosotros en oposición a los Otros”.

Los dos discursos que el presidente Trump pronunció ante la Asamblea General de la ONU en 2017 (AGNU, 2017) y 2018 (AGNU, 2018) demuestran que la precedente administración estadounidense dibujaba una imagen del orden jurídico internacional que se asemeja a una norma de coordinación en lugar de una norma de cooperación. Su discurso es una clara afirmación de una política exterior impulsada por el interés nacional excluyente . Se enfoca sobre la separación, la autonomía de las comunidades políticas y la “*closed statehood*”: una perspectiva que subraya con una referencia explícita a la Doctrina Monroe en su discurso de 2018.

En sede judicial, los tribunales nacionales no son sólo mero ejecutores imparciales del Derecho Internacional, sino también “guardianes”, que controlan los efectos de este ordenamiento a nivel nacional y están dispuestos a amortiguar su impacto, si se considera necesario. Al establecer a los como “jueces naturales del Derecho Internacional”, el ordenamiento jurídico internacional exige que los tribunales nacionales desempeñen un papel más importante, en comparación con los poderes ejecutivo y legislativo, en la aplicación y el cumplimiento del Derecho Internacional por los Estados. Los jueces nacionales no son esquizofrénicos (Zouaet, 2021): actúan a veces como órganos nacionales, a veces como agentes del sistema internacional. Son órganos nacionales y a la vez vectores del sistema internacional: pueden promover los valores y las normas del Derecho Internacional, sin dejar de ser órganos de un Estado.

It is also essential to emphasise that it is the courts that have very often been cited in this study as developing strategies of resistance to international law, which are also very often those developing techniques for promoting and applying international law in the domestic legal order, sometimes by forcing the hand of the other branches of the state. There are not really domestic courts that rigorously apply international law and others that are hostile to it (Zouaet, 2021, pág. 52).

Las reivindicaciones del Nosotros en el recinto internacionalista pueden seguir dos sendas identitarias: la primera excluyente, preservando la pureza de las tradiciones y la integridad de territorios geográficos estatales; la segunda, defendiendo que la identidad nacional existe en la medida en que el Nosotros es parte de una comunidad.

Desde la primera óptica, el nacionalismo exclusivo y el nativismo (sobre el discurso del patriarca Kirill, Young, 2022), las políticas de identidad, las críticas a la globalización y el internacionalismo, y las llamadas al reempode-

ramiento democrático del *demos* han convergido políticamente en un nuevo lugar de soberanía territorial inflada, reclamando el llamado de “recuperar el control” en nombre de una comunidad radicalmente redefinida con una reterritorialización defensiva del poder a lo largo de las líneas de falla existentes del estatismo nacional. Una vez más, el nudo gordiano está en la máxima expresión del paradigma excluyente: la soberanía como derecho absoluto a decidir solos. “*Sovereignty is at the very heart of this challenge; it is its primary justification, diagnosis, and roadmap of radical change for the future. ‘Taking back control’ is the standard rallying cry on behalf of a radically re-defined community (‘we’)*” (Kallis, 2018, pág. 290).

Sin embargo, actualmente el Derecho Internacional se configura en términos geológicos como formación sedimentaria. Si algunos Estados se han mostrado escépticos ante las promesas de los tratados multilaterales, otros han desde hace tiempo emprendido una senda de apertura al Otro (Castellino, 2000)¹⁷.

Para analizar el progresivo acercamiento de la esfera del Derecho Internacional al constitucionalismo estatal, abandonaremos la metáfora excluyente del árbol para referirnos a la imagen de las olas, introducida epistemológicamente en los párrafos anteriores y a las que se refieren recientemente Lustig y Weiler (2018), cuya aportación más brillante probablemente resida en el estudio de la creciente importancia del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales, que implica, por otro lado, que los tribunales nacionales examinen la constitucionalidad del orden internacional a la luz de la identidad nacional.

Estas interferencias mutuas podrían concebirse de esta manera para potenciar voces importantes que han sido debilitadas o silenciadas en el discurso de revisión judicial por parte de tribunales nacionales y transnacionales.

The virtue of closing democratic or rule of law deficits is obvious, but even identity is not a dirty word if it is seen as a social feature which corresponds to positive dignitarian yearnings of the human condition and equally positive social features of individual responsibility and collective solidarity. Voice should also be understood as dialogical—not defiance or rejection by engagement and correction” (Lustig y Weiler, 2018, pág. 367).

No se trata, como en las primeras dos olas de control de la actividad del legislador nacional, de tutelar los derechos individuales frente a actividades e intereses colectivos, sino de representar un elemento cultural e identitario de la propia colectividad, que es deber de los tribunales constitucionales proteger, como hemos visto antes. En la denominada tercera ola se involucran cuestiones relativas a las voces identitarias nacionales: la materia es principalmente axiológica.

¹⁷ En el campo de la identidad constitucional cfr. Tierney, S. (2000). Introduction. En S. Tierney (ed.) *Accommodating National Identity: New Approaches in International and Domestic Law*, Brill Nijhoff, p. 3.

The language of constitutional and national identity enables us to posit national conceptions of internationally mandated human rights not as a simple conflict of positive norms but as preserving cultural, social, and political identity. Such reconceptualization of rights serves to justify an alternative voice or in extremis exit of a particularistic manifestation of the international legal and value system (Lustig y Weiler, 2018, pág. 340).

Esta operación ilustra el cambio del enfoque soberanista excluyente a un enfoque contemporáneo, en el que un sustrato identitario se convierte en una parte integral del razonamiento (Liñán Nogueras, 2018). Pero hay más. Si el Estado de derecho ha de seguir siendo uno de los fundamentos esenciales de la democracia pluralista, la tercera ola no sólo es inevitable, sino que, si se ejerce con prudencia y ponderación, si los jueces nacionales entienden lo que significa quitarse el sombrero nacional y actuar en nombre del espacio jurídico común, podría concebirse como necesario y deseable. En un mundo cosmopolita el individuo colocado en el centro axiológico del ordenamiento se convierte cada vez más en un sujeto egocéntrico en detrimento de la estructura social.

La nueva identidad porosa de la Unión Europea se configura como un espacio común, formado por una tela de araña de entrelazamientos y fuertemente nutrida por una visión relacional y axiológica del Derecho, en el que la identidad debe ser entendida como una riqueza.

4. LA IDENTIDAD DE LA UNIÓN COMO REPOSITORIO DE LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES

Ab urbe condita, en efecto, tanto en las primeras comunidades europeas como en las renovadas constituciones occidental aflora la connotación de la apertura hacia el Otro (Martinico, 2020/3).

Ambas identidades nacen teóricamente en clave relacional, compleja y connaturalmente en tensión entre ellas. Si bien en el primer periodo la configuración de la incipiente identidad de las comunidades europeas se desarrolla según un lenguaje de exclusión de la participación de los altos tribunales y de los parlamentos nacionales, el diálogo con los tribunales constitucionales va siguiendo las cadencias de la comparación jurídica, cuyo elemento más representativo e incluso axiológico es el doble eje de las tradiciones constitucionales comunes y de las normas del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Habermas, 1998a, Habermas, 1998b, Habermas, 2001). La medida de este primer momento de los años Sesenta está en la distancia entre la sentencia del tribunal constitucional italiano en el caso Enel y el correspondiente fallo del Tribunal de Justicia: son dos identidades solipsistas (Costa contra ENEL, 1964). A este celebradísimo primer periodo sigue en los años Setenta del siglo pasado el discurso constitucional europeo, marcado por las sentencias de los tribunales constitucionales italiano (San Michele, 1965 y Frontini, 1973) y alemán (Solange I, 1974), que abrieron un espacio

de diálogo con el Tribunal de Justicia. Sin embargo, no es posible entender la trayectoria del principio de primacía comunitario, las sentencias Internationales (1970) y Simmenthal (1978) sin ponerlas en correlación dialéctica con las decisiones de los jueces nacionales (y así se deberían estudiar en nuestras aulas universitarias).

A este primer *écart* sigue otro que mide la distancia entre la identidad constitucional europea en la segunda sentencia señalada y la decisión Kadi (2008). Al primer “*actio finium regundorum*” de delimitación y exclusión sigue cuarenta y cuatro años más tarde una definición de identidad constitucional europea vertebrada en torno a las tradiciones constitucionales comunes. Las reservas de constitucionalidad han tenido su parte muy positiva, pues han representado un acicate para un mayor nivel de democratización del derecho comunitario. Se pregunta Robert Lecourt en el homenaje al prof. Boulouis con el objeto de situar los términos del debate desde un ángulo diferente que qué hubiera sido de la protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea sin los desacuerdos judiciales planteados por los tribunales constitucionales italiano y alemán (Lecourt, 1991).

El ordenamiento comunitario se configura como un espacio reticular, formado por nudos y por líneas que los conectan (Ceruti, 2018, pág. 99): son las interacciones sistémicas. Es absolutamente evidente, entonces, que en este sistema complejo desde el principio la identidad de la Unión es relacional o “contrapúntico”, como diría Maduro (2003). El populismo, al contrario, denota un núcleo común, representado por (al menos) dos elementos esenciales. El primer rasgo es la referencia constante a la política de identidad excluyente, mientras que la segunda nota distintiva está representada por el llamamiento directo a la “gente” sin necesidad de intermediarios: la política de la inmediatez. A una identidad relacional y compleja en continua tensión dialógica con el Otro se contraponen especialmente en estos últimos años la retórica populista, connotada, a su vez, por la concepción reduccionista del complejo concepto de democracia, entendido por los populistas como un mero gobierno mayoritario. El populismo consiste principalmente en el reduccionismo de la complejidad y la tendencia a representar la voluntad del pueblo se perfila como fuente absoluta de verdad política y jurídica: es un concepto no mediable, no relacional. Cualquier discurso populista orbita en torno a la soberanía estatal excluyente (Corrias, 2016).

Asimismo, son relacionales y complejos los principios que regulan las relaciones entre el derecho de la Unión y los ordenamientos nacionales (Burgogue-Larsen L., 2016). El principio de primacía se calibra con los *controlimiti*, el de eficacia directa se basa en la relación con las normas nacionales y de la responsabilidad del Estado se configura como un criterio de *cross-fertilization* respecto a los modelos nacionales de responsabilidad (Lazari, 2005a). “*Article 6 TEU is an invitation to compare and find a common heritage (and, therefore, what the Member States do not have in common with national legal orders that do not belong to the Union)*” (Cassese, *The European Common Constitutional Traditions*, 2021, págs. 251-252). Así como las decisiones del

Tribunales de Justicia son mucho más reticulares y articuladas que cualquier otra decisión soberanista que analizaremos.

La forma de representación populista de la simplificación/reducción, al negar el juego de las diferencias, de alguna manera reconoce al Otro, pero en la lógica de la oposición binaria generadora del conflicto (Dumond, 1993). El concepto de diversidad no se verifica por la coexistencia de entidades o de yuxtaposición de identidades claramente definibles, estáticas y de límites precisos, sino por la convivencia basada en procesos complejos que surgen, evolucionan y mueren a través de la dinámica de contactos, integraciones mutuas, contaminaciones de diversos tipos. Es el juego de la complejidad, en lugar de la simplificación, lo que supera la reducción del significado, lo que permite entender las diferencias. Por esto, se puede decir que mediante la creación de normas de convivencia supranacionales, a diferencia de la mera posición de yuxtaposición anterior, la incipiente identidad europea, manifestada *in nuce* en la Declaración Schuman, se fundamenta en la inclusión del Otro, incluso más allá de Europa, y se combina significativamente con la filosofía de la lucha contra las identidades hegemónicas estatales, emergida en el *Manifesto di Ventotene* (Zagrebelsky, 2009). El nacimiento de las primeras Comunidades Europeas implica un factor existencial que coincide con la alteración estructural del Estado, donde la *communitas* en su sentido etimológico compuesto por *cum* y *munus* une a los miembros a un compromiso recíproco (un *munus* precisamente), expresamente previsto en el art. 4.3 TUE. ¿En qué consiste realmente este *munus*, entendido como emblema de relacionalidad gratuita? Se trata, en definitiva, de la salida de las dinámicas habituales del derecho internacionales contractual mediante la contaminación con las cuerdas de los derechos constitucionales nacionales.

Para un Estado miembro de la Unión, las diferentes dimensiones de la identidad constitucional asumen rasgos especiales, se ponderan en un entorno. De hecho, histórica y sociológicamente, la historia nacional está inexorablemente ligada al proceso de creación e integración (de las Comunidades, antes y ahora) de la Unión Europea y a la historia de los demás Estados miembros. Las características de la identidad europea de relacionalidad y complejidad (Huber et al., 2015, pág. 16) involucran, por tanto, una operación conceptual de “ponderación fundamental” (Weiler, 1999, pág. 181 sg.). Como la identidad nacional no es la identidad constitucional, pues ha de ser ponderada (Bon, 2014; Díez-Picazo, 2005); así la identidad constitucional contribuye a la plasmación de una identidad de la Unión, ponderando las identidades constitucionales en el repositorio de las tradiciones constitucionales comunes y, por ende, de sus valores recogidos en el art. 2 TUE.

La identidad constitucional europea se configura en la forma de catalizador axiológico,

depurato da qualsivoglia forma di degenerazione (populistica e antieuropeistica), il richiamo al rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri potrebbe fungere addirittura da stimolo nei confronti dell'Unione, per realizzare compiutamente gli obiettivi previsti nei Trattati, nel rispetto delle peculiarità dei singoli ordinamenti,

ma sempre in una logica solidaristica, che ne rafforzi parimenti l'Unione (Polimeni, 2017, pág. 62).

Por este motivo el artículo 2 TUE abarca y orienta la disposición del artículo del 4.2 TUE, tanto en la jerarquía ontológica y lógica del ordenamiento jurídico de la Unión, como en una secuencia temporal, porque para formar parte de la Unión (artículo 49 del TUE) se ha de cumplir el filtro del art. 2 TUE¹⁸. Pero ¿cómo se hace sentir la Voz del Otro en una comunidad? ¿Cómo se hace sentir la voz de un Estado en el coro de las Comunidades Europeas? (Cartabia, 2007).

El punto crucial se halla, por tanto, en el análisis de la metodología ius-comparativa de ponderación (en otros trabajos las he definido conjugación de paradigmas comunitarios) de las identidades nacionales y supranacional en las tres vertientes constitucional/fundacional, política y jurídica (Lazari, 2009).

5. LA PONDERACIÓN DE LA IDENTIDAD ESTATAL EN EL DERECHO PRIMARIO ESCRITO DE LA UNIÓN Y EN LOS PROCEDIMIENTOS POLÍTICOS

La plasmación de esta identidad fundacional en el entramado de los primeros ocho artículos del Tratado de la Unión Europea significa un reconocimiento explícito a las ideas fundacionales de Schuman, Monnet y Spinelli. La idea de un continuo, incesante proceso dialéctico (hacia los Otros) se asoma en la referencia a la creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa (Art. 1 TUE), como en la consagración de los valores comunes a los Estados miembros (art. 2 TUE), en el respeto de la riqueza de su diversidad cultural (art. 3.3 TUE), como en el propio principio de atribución de competencia, de identidad constitucional y de cooperación leal (arts. 4.1, 4.2, 4.3 TUE), en los derechos fundamentales que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 6.3 TUE).

Este continuo trasvase axiológico y jurídico se ha desarrollado en el terreno del derecho primario, enarbolando en ocasiones las peculiaridades de las identidades nacionales, como en el Protocolo n. 35 sobre el art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa o la Declaración común anexa al tratado de adhesión de Grecia a las Comunidades Europeas de 28 de mayo de 1979 (Cons-

¹⁸ La importancia de esta Grundnorm ha sido subrayada por el actual presidente del Tribunal de Justicia:

*Any European State wishing to join the EU must adhere unequivocally to the constitutional traditions common to the Member States by ensuring compliance with democratic principles, fundamental rights, and the rule of law. As the Court of Justice made clear in the seminal *Wightman and Others* case, joining the EU – as well as leaving it – is a free and voluntary act of national sovereignty. Nonetheless, once a Member State decides to join the EU, it must comply with a set of common values”; así (Lenaerts, 2019, pág. 21).*

tantinesco, 2010). Aquí se habla de razones espirituales y religiosas, que la Comunidad tendrá presentes sobre todo en materia fiscal y aduanera. El estatuto especial del Monte Atos prohíbe expresamente el acceso de mujeres, de cualquier nacionalidad, contraviniendo al principio comunitario de igualdad entre hombres y mujeres (Bonet Navarro, 2005).

La dinámica osmótica entre identidades se plantea claramente también en sede política, generando efectos propios de este ámbito. Los controles judiciales sólo son aplicables, por razones obvias, *a posteriori*, es decir, sólo después de que se haya verificado un perjuicio a la identidad constitucional nacional o, en cualquier caso, una amenaza concreta de perjuicio para ella, mediante un acto comunitario derivado. Por esta razón, parte de la doctrina ha propuesto la revalorización de controles que podrían llamarse “políticos” o “no judiciales”, porque pueden ser atribuibles a las prácticas de negociación política, dirigidos a proteger *ex ante* los principios supremos constitucionales que podrían verse afectados por fuentes externas (Faraguna, 2016a; Faraguna, 2016b).

En resumen, los instrumentos con los que operan esos controles podrían dividirse en dos categorías, dependiendo de si son activados por el Estado individual o necesariamente por una serie de Estados. Dentro de la primera categoría podríamos incluir la disposición convencional de la regla de la unanimidad para la toma de decisiones en determinadas materias, y la integración diferenciada negociada mediante cláusulas de *opting-out*. De la segunda categoría de controles políticos necesariamente activados por varios Estados miembros forman parte los procedimientos de control previstos en el Protocolo sobre la subsidiariedad, en los que participarían los parlamentos nacionales en el denominado *early warning*¹⁹ y el veto sustancial²⁰.

Aunque se trata de decisiones políticas adoptadas *ex ante*, es decir, antes de que el acto secundario de la Unión despliegue sus efectos, los controles

¹⁹ Se trata de una solicitud de *revisión* (c.d. *early warning*), expresada mediante dictámenes motivados por un tercio de los Parlamentos nacionales, en relación con cada proyecto de acto legislativo (*quórum* que se reduce a una cuarta parte en lo que respecta a los asuntos que entran en el espacio de libertad, seguridad y justicia). Además, los Parlamentos nacionales están facultados para presentar asuntos ante el Tribunal de Justicia a través de sus gobiernos con el fin de afirmar, en virtud del artículo 263 TFEU, la violación del principio de subsidiariedad.

²⁰ Se trata de un poder de veto sustancial sobre la iniciativa legislativa, en relación con los proyectos legislativos que siguen el procedimiento de codecisión, cuando una mayoría de parlamentos nacionales, con mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo, considera que la propuesta legislativa no sea compatible con el principio de subsidiariedad. A pesar de los procedimientos engorrosos y de la expresión necesaria, en tales casos (en los que se aplicaría una especie de “*controlimiti* mayoritarios”), no puede excluirse que, al salvaguardar el principio de subsidiariedad, se pueda incidir en la protección de las identidades axiológicas y constitucionales de los Estados miembros (que, en última instancia, no siempre y necesariamente coinciden con las denominadas “tradiciones constitucionales comunes”)

políticos solo aparentemente podrían proteger la identidad constitucional de una manera más completa de lo que pueden hacerlo los controles judiciales. De hecho, corren un peligro real de fragmentar en exceso la identidad europea, sin que, además, precisamente porque ejercidos *ex ante*, pueda decirse con certeza que en la práctica el acto comunitario viole los principios supremos del derecho nacional: apreciación, esta última, que solo puede ser llevada a cabo por el juez (especialmente constitucional), caso por caso. Los controles identitarios de índole política, en definitiva, podrían conducir a una absolutización del contenido de la identidad constitucional nacional, que, por otra parte, debería ser un concepto relacional construido teniendo en cuenta los valores europeos, con vistas a la integración identitaria mutua. El control político se mueve claramente dentro del circuito de la democracia representativa y/o de la negociación política, sin tener en cuenta la necesaria ponderación contextual. Por otro lado, la referencia a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión como fuentes del Derecho de la Unión se reitera en los art. 41.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales y en el propio art. 52 de la misma Carta, aunque con una redacción diferente (en primer lugar, “principios” y más tarde “tradiciones”).

El Derecho de la Unión se caracteriza, en efecto, por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a esos mismos Estados y a sus nacionales. Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, así como a los Estados miembros entre sí” (Slowakische Republik contra Achmea BV, 2018, pág. 456)[énfasis añadido].

Aclara la corte que esta construcción con forma de red “se compone de Estados que se han adherido libre y voluntariamente a estos valores, de modo que el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, tales valores” (Andy Wightman, 2018, págs. 167-168).

Cuando se expresa mediante un registro de orden constitucional, la corte de Luxemburgo ha de tener en cuenta una visión dialéctica de identidad, como diría Ricoeur una identidad en términos de ipseidad. El principio de subsidiariedad, consagrado en el artículo 5.3 TUE, puede considerarse un compromiso constitucional de la Unión con el espíritu de cooperación, por otro lado esculpido en el art. 4.3 TUE. Al igual que el principio de subsidiariedad, el principio de respeto de las identidades nacionales de los Estados miembros encaja perfectamente en el modelo de federalismo cooperativo. La cláusula de identidad exige la elaboración e interpretación de las normas europeas sensibles a la nación, y reconoce públicamente la necesaria composición multinacional de la Unión (Cloots, 2016, pág. 2).

La Corte propugna una interpretación sistemática del art. 4.2 TUE a la luz de las disposiciones del art. 4.3 y 6.1 TUE. Es cuanto hizo con las sentencias Kadi II (2008), Digital Rights (2014), Google Spain (2014) y Schrems I (2018) Schrems II (2020), entre muchas. En cada una de las decisiones citadas la

remisión a las tradiciones constitucionales comunes se adquiere realmente a nueva dimensión de alcance constitucional y aperturista (Ruggieri, 2003). Dialogando con las cortes constitucionales el Tribunal de Luxemburgo va adquiriendo la citada técnica de la “ponderación fundamental”, ausente en la jurisprudencia de sus primeros treinta años y de sus interlocutores privilegiados soberanistas. Al mismo tiempo, como explica Schütze, se va desarrollando progresivamente un nuevo modelo organización política, que él denomina federalismo cooperativo (2009, págs. 76-77).

6. LOS CIMIENTOS JURÍDICOS NO ESCRITOS DE LA IDENTIDAD DE LA UNIÓN: LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES

En el terreno de los derechos fundamentales se ha consumado una operación comparativa y axiológica de especial interés, que mucho se asemeja a la idea de tradición elaborada por el comparatista Patrick Glenn. *“In computer language the expression LAN has been used, indicating a Local Area Network of computer information. In the same way adherents to a tradition, or a group within a tradition, constitute a local area network of information, or private cloud”* (Glenn, 2014, pág. 21). En el ámbito jurídico, el entrelazamiento de los hilos de las cuerdas (constitucionales nacionales y supranacionales) que vincula al Estado-Ulises se produce silenciosamente en las reglas implícitas y no verbalizadas de las tradiciones constitucionales comunes²¹. La robustez de la(s) cuerda(s) según Wittgenstein se debe a la capacidad de entrelazar sus fibras: *“[i]n weaving a thread we weave fiber with fiber. And the robustness of the yarn is not due to the fact that a fiber runs throughout its length, but from the overlap of many fibers, to one another”* (Wittgenstein, 2017, pág. 57).

Las tradiciones constitucionales comunes, de guisa muy similar al patrimonio constitucional común vaticinado hace años por Pizzorusso (2002), representan depósitos de valores (Gracia Guillén, 2020, pág. 12), donde el análisis comparativo de las interacciones silenciosas resulta prioritario (Burchardt, 2017). En este concepto, por tanto, la jurisprudencia, doctrina y el propio constituyente confluyen las dos identidades nacionales y supranacionales: tanto el Tribunal de Justicia, como los redactores del actual art. 6 TUE no han pretendido determinar una norma superior a las disposiciones nacionales, sino un proceso identitario complejo²².

²¹ Cfr. Scarciglia, R. (2018) *The Silent Language: From Chthonic Law To Global Legal Pluralism*. En Scarciglia R. y Menski W. (Eds.), *Normative Pluralism and Religion Diversity: Challenges and Methodological Approaches*. Kluwer, p. 129: *“The forms with which the law manifests itself – or shows itself silent or mute – tend to intertwine over time as the threads of a rope”*.

²² Siempre Burchardt, D., *Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere*, cit., p. 315:

In its ‘vertical’ dimension, the general principle is the result of a migration of normative elements from the domestic to the international legal sphere. [...] Although formally of an inter-

Estas disposiciones introducen una forma nueva de crear normas, mediante la cual la disposición superior se compone también de la norma inferior. Por lo tanto, en el ámbito de los derechos fundamentales, los “principios generales” del Derecho europeo son el resultado de un complejo proceso “bidireccional”, porque primero proceden de abajo hacia arriba y luego de arriba hacia abajo. En la sentencia *Factortame III/ Brasserie du Pêcheur* esta operación comparativa se aclara a todas luces. Una norma superior puede derivar del estudio comparativo de disposiciones inferiores. Los “principios generales” no caen desde arriba. Es más. Como ya se ha tenido oportunidad de recalcar, el Tribunal de Justicia puede incluso basar la *ratio decidendi* de sus fallos no solo en un esquema teóricamente más favorable al ciudadano como en la sentencia *Francovich* de 1991, sino en un paradigma de conjugación más fácilmente comprensible a sus interlocutores nacionales, como en el fallo *Factortame III* de 1996 (Lazari, 2005b). Este proceso de *cross-fertilization* inicia un diálogo judicial entre los dos niveles de gobierno y es una ulterior demostración de su apertura recíproca.

Ulterior peculiaridad reside en la continuidad que este proceso establece entre el futuro y el pasado. Los “principios generales” que deben regular los casos futuros se derivan de lo que es común a las regulaciones nacionales del pasado. Por lo tanto, el futuro se forma sobre la base del pasado. La historia se convierte en parte del procedimiento normativo. Este procedimiento incluye una dimensión temporal (como en el caso de una “unión cada vez más estrecha” o de las cláusulas identitarias de las constituciones nacionales). Absolutamente fundamental es, además, la consideración por la que “*general principles do not derive from national legislation but must be part of a tradition, and this tradition must be shared by several countries. The concept of a common constitutional tradition is therefore basically an anti-positivistic one*” (Cassese, *The European Common Constitutional Traditions*, 2021, pág. 29), volviendo a poner encima del tapete normativo el estudio comparativo de la *praxis*.

Otra peculiaridad de las tradiciones constitucionales comunes es que esta forma de conjugar el Derecho nacional y el supranacional no se aplica a todas las materias, sino sólo a los derechos fundamentales. Esto significa que los redactores de la “constitución” europea creían que en este ámbito, la historia era particularmente relevante y que, por lo tanto, la nueva norma europea debía plegarse a las tradiciones jurídicas preexistentes. “*The concepts of “common constitutional heritage” and Constitutional Common Traditions are to be confronted [...] with those, for example, of pluralism and complexity*” (Lacché, 2018, pág. 132).

national law nature, the normative elements composing the principle and stemming from the domestic legal sphere lead to an international-domestic hybridity comparable to the norms of implementation. Here, though, the direction of the process of intertwinement is inversed in the sense that the formal nature of the norm is international and not domestic and that the migration happens from the domestic to the international legal sphere and not the other way round.

Emerge, por otro lado, la concepción justamente avanzada por algunos jueces tejedores de principios generales del Derecho (Lazari, 2011; 2012), no concebidos para construir una identidad excluyente del derecho internacional, como consagrado en el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, sino como ocasión de inclusión. Los principios generales del Derecho de la Unión se hallan edificados en las tradiciones constitucionales comunes, como emerge claramente en el dictado del art. 6.3 TUE. La identidad porosa de la que hablamos comporta una progresiva aproximación conceptual e institucional, de una manera no muy distinta de la metáfora schopenhaueriana del puercoespín creada a este propósito por Pedro Cruz Villalón (2012, 2013) y mentada por Sabino Cassese (Cassese, 2015) en torno a la identidad solitaria de los jueces: el dilema de este animal que, en el período invernal, intenta luchar contra el frío acercándose a sus semejantes, pero también corre el riesgo de lesionarse con las espinas de sus prójimos.

En ámbito judicial, si bien no asumiendo unos rasgos políticos paroxífticos del Brexit, frente a este movimiento de “entrelazamiento” o “tejadura” afloran sentencias que en nombre de una idea monolítica y soberanista de las cláusulas eternas de las Constituciones, erigen un muro narrativo opositivo y excluyente de la identidad nacional [Solange²³, Cohn-Bendit²⁴, *controlimiti*²⁵, Maastricht²⁶ and Lisbon²⁷, *the Polish Accession Judgment*²⁸, Landtová²⁹, Ajos³⁰, Gambling Act³¹, *ex multis*], capaz, entonces, de confligir con las bases ontológicas del proceso de integración y con los propios fundamentos del propio derecho constitucional, íntimamente asociado con el funcionamiento de la Unión y con el principio de cooperación leal. Son fallos apodícticos, pues se basan en definitiva en la defensa a ultranza de una idea desligada de la comunidad. Es suficiente consultar la decisión del Tribunal Constitucional polaco para percatarse de la extrema parquedad de las argumentaciones esgrimidas. Si bien se remitan al propio art. 4.2 TUE, sus afirmaciones una vez más solo reivindican soberanía y cerrazón (K 3/21, 2021). Recientemente se puede registrar un *écart* en la jurisprudencia del tribunal de Luxemburgo. En un primer conjunto de sentencias, extendiendo la vertebración de las citadas decisiones Kadi II, Digital Rights y del Dictamen 2/13, se desarrolla el aspecto

²³ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] May 29, 1974, 37 Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 271, 285.

²⁴ CE Ass., Dec. 22, 1978, Case *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, Rec. 524 (Fr.).

²⁵ Corte Costituzionale, Dec. 17, 1973, n. 183, 2 C.M.L.R. 372.

²⁶ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] 12 October 1993, 89 Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 155; Case 2134/92, *Brunner v. The European Union Treaty*, 1 C.M.L.R. 57 (1994).

²⁷ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] June 30, 2009, 123 Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 267.

²⁸ Trybunał Konstytucyjny [TK] [Constitutional Tribunal] May 11, 2005, Case No. 18/04 (Pol.).

²⁹ *Nález Ústavního soudu ze dne 31.01.2012 (ÚS), sp.zn Pl. ÚS 5/12 (Czech.)*.

³⁰ Danish Constitutional Court Case no. 15/2014 *Dansk Industri (DI)*.

³¹ TK judgment of 11 March 2015, case No. P 4/14 (*Gambling Act*).

existencial de la tutela judicial efectiva mediante el art. 6.3 TUE, es decir, a través de la constante referencia a las tradiciones constitucionales comunes y al CEDH³² (Ugartemendía Eceizabarrena, 2020; Cortés Martín, 2020).

En la reciente batería de sentencias dictadas a defensa de la independencia judicial y del diálogo judicial frente a las reiteradas ruptura del Estado de Derecho por parte del gobierno polaco (Comisión c. Polonia, 2021; WB, 2021; A.B., 2021; M. F., 2022) emerge poderosamente esta tendencia del juez tejedor a elaborar una tela de araña conceptual, construida alrededor de la secuencia del valor del Estado de derecho del art. 2 TUE, potenciado por la referencia al art. 6.3 TUE tradiciones constitucionales comunes, al art. 19 TUE labores del Tribunal de Justicia, al art. 4.3 TUE deber de cooperación leal y al art. 267 TFUE en materia de cuestión prejudicial³³. Analicemos por separado estos dos recientes núcleos jurisprudenciales (Sarmiento, El Tribunal Constitucional Español y el diálogo judicial europeo, 2021) del sistema jurídico de la Unión (Alonso García, 2014).

Insertado en una tela de araña, en cambio, el artículo 4.2 TUE podría ser crucial para mantener a los tribunales constitucionales nacionales involucrados en el proceso de integración (Martín y Pérez De Nanclares, 2019). En este sentido, quizás el TJUE siga pagando el precio de la herencia del método Mangold de una *'octroyée methodology of construing common constitutional traditions'* (Dani, 2009, pág. 149). La ausente o escasa participación del patrimonio cultural jurídico impuesto en este esquema Mangold (2005) aparte de ser percibido en términos ofensivos por parte de los Tribunales Constitucionales y comentaristas nacionales³⁴, impide la confluencia de los recursos constitucionales nacionales en el repositorio europeo. Métodos unilaterales de proveniencia estatales o comunitaria deben ser evitados, si se pretende

³² Por otro lado, el TEDH ha contundentemente considerado que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo polaco, formada por jueces recién nombrados, no es un *"tribunal independiente e imparcial establecido por la ley"*; Sentencia TEDH. (2022). *Advance Pharma Sp. Z O.O V. Poland*, 1469/20. El TEDH considera que el procedimiento de nombramiento de los jueces de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo habría estado indebidamente influenciado por los poderes legislativo y ejecutivo, comprometiendo la independencia y legitimidad del propio Tribunal.

³³ No hay que pasar por alto las sentencias del Tribunal de Justicia (Pleno) de 16 de febrero de 2022, Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 sobre los requisitos de condicionalidad del Reglamento 2020/2092, que implanta un mecanismo para proteger el presupuesto de la Unión frente a las violaciones de los principios del Estado de derecho por los Estados miembros vinculadas a la ejecución presupuestaria; ni el fallo del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2021, PM et al., C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034. Cfr. también Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de marzo de 2022, DM, EN y BN contra Getin Noble Bank S. A., C 132/20. ECLI:EU:C:2022:235; y Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de febrero de 2022, X e Y. C 562/21 PPU y C 563/21 PPU. ECLI:EU:C:2022:100.

³⁴ Cfr. Herzog R. Y Gerken L., *Stop the European Court of Justice* (2008), en <https://euobserver.com/opinion/26714>.

construir una identidad europea (Torres Pérez, 2009, págs. 118-123). La metodología comparativa inclusiva lee, observa tales tendencias (Śledzińska, 2019).

6.1. Las tradiciones constitucionales comunes en la tela de araña textual del derecho primario

Se termina, por tanto, por concebir la *'idea of the EU and Member States being in a shared legal system characterized by mutual connectivity and interdependence'* (Callies C., 2019, pág. 356) y a la propia Unión como una *'entity whose sovereignty, territory, and citizens are shared between the European and national levels'* (Callies C., 2019, pág. 353). Un elemento central del *Verbund* es el concepto de "normatividad compartida", que, a su vez, exige que el contenido normativo de una disposición jurídica sea el resultado de una interacción continua entre el Derecho de la Unión y el derecho nacional, teniendo en cuenta que: *'the functioning and the stability of the Verbund as the normative whole thus has to be considered as the main objective'* (Callies C., 2019, pág. 354). El artículo 4.2 TUE, en particular, debe interpretarse como una *Verbundnorm*, como pieza de un mosaico, es decir, *'a provision building on the connectivity between the legal orders and by its permeable structure establishing and ensuring the functioning of the common legal system as a whole'* (Callies C., 2019, pág. 360).

Este complejo proceso de constitucionalización europea ha conocido un punto de inflexión en el Tratado de Maastricht de 1992, gracias al art. 6 TUE, que reconoció expresamente su fundamento en los derechos fundamentales, el principio democrático y el Estado de Derecho (apartado 1), refiriéndose al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las tradiciones constitucionales comunes (apartado 2) y, sobre todo, a nuestros efectos, reconociendo el principio de respeto de las identidades nacionales (apartado 3). Se plasmaba por escrito en normas convencionales la tensión dialógica desarrollada entre las jurisprudencias de los Tribunales constitucionales italiano y alemán en materia de derechos fundamentales, por un lado, y el juez de Luxemburgo, por otro lado. De este tronco común hay que discernir, al menos conceptualmente, la referencia a las tradiciones constitucionales comunes de la referencia a la identidad nacional (a las estructuras constitucionales a las que se refiere el artículo 4 TUE, después de la entrada en vigor del Tratado de Reforma) (Sarmiento, 2018, pág. 228).

El primer párrafo del art. 4 TUE sirve por sí mismo para delimitar las tentaciones del uso unilateral de la referencia a la identidad nacional. Este paso confirma la necesidad de analizar esta disposición en el sistema con los principios de atribución y competencia. Esto parece confirmar el origen del artículo 4.2 TUE como norma (también) sobre competencia, conclusión también respaldada por la referencia explícita a las competencias estatales, en la

medida en que se demuestra que en particular, la seguridad nacional sigue siendo competencia exclusiva de cada Estado miembro.

Al límite competencial también hay que añadir el principio de cooperación contemplado en el apartado 3. Por otra parte, algunos Abogados Generales han apuntado al vínculo entre el respeto de la identidad nacional y el principio de cooperación³⁵. Cabe decir que la referencia al respeto de la identidad nacional hace que el principio de cooperación leal sea bilateral, no entendiéndose este sólo que en referencia al deber de aplicación del Derecho de la Unión, sino también a la obligación de respetar la estructura constitucional de las legislaciones nacionales.

La división ya mencionada entre la identidad nacional y las tradiciones constitucionales comunes, llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, que codificaba dos aspectos anteriormente incluidos en la misma disposición en dos perspectivas diferentes, tal vez ha dado la impresión de que se pueda interpretar el respeto de la identidad nacional en espléndido aislamiento de otras disposiciones del Tratado. Sin embargo, sucumbir a esta tentación hermenéutica significaría cometer un enorme error interpretativo (y político, al mismo tiempo), avalando así la contranarrativa populista.

El artículo 4 TUE, párrafo segundo, establece no sólo el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros, sino también el principio de igualdad de estos últimos ante los Tratados (Millet, 2021). El principio de igualdad prohíbe a los Estados miembros intentar obtener situaciones favorables en detrimento de otros. Sentencia de la Comisión c. Italia, en particular, señaló que “el hecho de que un Estado, en vista de sus intereses nacionales, rompa unilateralmente el equilibrio entre las ventajas y cargas derivadas de su pertenencia a la Comunidad socava la igualdad de los Estados miembros ante el Derecho comunitario y conduce a la discriminación contra sus ciudadanos [...] Este incumplimiento de las obligaciones de solidaridad aceptadas por los Estados miembros con su adhesión a la Comunidad sacude de los cimientos el ordenamiento jurídico comunitario” (Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, 1973, pág. 13). En esta sentencia, ha emergido un vínculo entre el principio de igualdad de los Estados miembros y los principios de cooperación leal y solidaridad, que ahora se pone claramente de manifiesto en la redacción general del artículo 4 TUE (Serena Rossi, 2020). La relación entre el artículo 2 del TUE y el principio de cooperación leal se puso de relieve señaladamente en la sentencia Achmea³⁶.

Junto con esta tela de araña conceptual del art. 4 TUE, la dimensión de la identidad de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales

³⁵ Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona, C-621/18, Wightman, ECLI:EU:C:2018:978; Conclusiones AG Bobek, par. 96, C-391/17, Comisión Europea/Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, ECLI:EU:C:2019:97.

³⁶ Sentenza del 6 marzo 2018 C - 284/16 Slowakische Republik c. Achmea BV EU: C: 2018: 158, p.34

está integrada en un sistema complejo y relacional, compuesto por el artículo 6 del TUE, la Carta de los Derechos Fundamentales, el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. En este sistema, por una parte, los derechos fundamentales afirmados por las constituciones de los Estados miembros son tenidos en cuenta por la Unión, no a través de las diferentes “identidades nacionales” en el sentido del artículo 4 TUE, apartado 2, sino a la luz de un “sistema de normas”, consistente en el artículo 2 TUE, el artículo 6 TUE, apartado 3, y la Carta³⁷. De esta trama se desprende que las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros son, al igual que el CEDH, fuentes de principios generales del Derecho (artículo 6 TUE, apartado 3), que la Carta debe interpretarse de acuerdo con el nivel de protección que proporcionan dichas tradiciones (artículo 52, apartado 4, de la Carta) y que las normas de protección establecidas en las Constituciones de los Estados miembros no pueden verse mermadas por la Carta (artículo 53)³⁸.

La interpretación del concepto de identidad constitucional no corresponde a los tribunales constitucionales de los Estados miembros, sino al Tribunal de Justicia, que es el único que puede aclarar cuándo una tradición constitucional adquiere el papel de “común” en el ordenamiento jurídico de la Unión, elevándola al nivel de un principio general de dicho sistema y verificando, en el presente caso, su posible capacidad para constituir una excepción a la aplicación del Derecho de la Unión. La identidad nacional a la que se refiere esta norma es la identidad estructural y, por lo tanto, no coincide con ese concepto más amplio y abarcador de “*identité constitutionnelle*” (Burgogue-Larsen L., 2011), que, inicialmente desarrollado por el Tribunal Constitucional francés, se ha convertido desde entonces en la fórmula sintética que indica todos los posibles controles de los Estados miembros. Cuando no es relacional, cuando se interpreta en términos *ab-solutus*, la identidad constitucional languidece sin la linfa de los derechos fundamentales. Como argumenta Anna Sledzinska-Simon, “*the question of whether constitutional identity in a nation-state in Europe can dismantle the European identity [...] is unfounded, since the two are not exclusory, but complementary notions*” (Śledzińska-Simon, 2015, pág. 124).

Por otra parte, debido a su necesaria complementariedad con los demás principios afirmados en los demás apartados de dicho artículo, la igualdad de los Estados y la cooperación leal, que, como ya se ha mencionado, limitan su alcance y sus efectos, no pueden considerarse que el art. 4, el apartado 2

³⁷ Véase también el artículo 67, apartado 1, del TFUE, que, teniendo en cuenta el espacio de libertad, seguridad y justicia, prevé “el respeto de los derechos fundamentales y de los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros”.

³⁸ Estos últimos se mencionan, en particular, en los artículos 52 párrafos 4 y 53 de la Carta. La primera norma prescribe una interpretación de la Carta “en armonía” (pero no, como lo hace para el CEDH “de conformidad”) con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, mientras que la segunda salva los derechos y libertades previstos en las constituciones de los Estados miembros en el ámbito de su aplicación.

constituya una «puerta abierta de par en par» incluso para los *controlimiti* distintos de los derechos fundamentales.

En definitiva, podría sostenerse que el 4.2 TUE se refiere únicamente a la faceta de la identidad constitucional que, al diferenciar los distintos Estados miembros entre sí, se convierte en un valor (precisamente: la diversidad) que debe preservarse para la propia Unión, representando esa parte de la soberanía nacional que no ha sido restringida en el proceso de integración europea (competencias y principio de atribución previstos en el propio artículo 4.1 del TUE), pero que se reducirá gradualmente cuanto más se empiece (si y cuando esto suceda) —mediante una primera decisión política y luego jurídica— hacia el establecimiento de una Europa cada vez más estrecha (Di Federico, 2017).

6.2. Las tradiciones constitucionales comunes y la identidad constitucional en el diálogo judicial

La corte constitucional italiana en el auto de la cuestión prejudicial Taricco II (M.A.S., M.B., 2017), avocando a sí misma decididamente la competencia para describir y defender la identidad constitucional nacional, no lo hace de una manera atomizada y autorreferencial – una actitud que parece, en cambio, caracterizar al BVerfG alemán – sino tratando de insertar la identidad constitucional italiana en el espectro más amplio de la identidad europea e interpretar de manera “sistemática” los valores y principios de su Carta Constitucional «en armonía» con las correspondientes normas del Derecho europeo y, en particular, con la Carta de Niza. Lejos de sustituir al Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional transalpino parece invitar a los jueces luxemburgueses a llevar a cabo una integración bidireccional de las tutelas judiciales, utilizando las tradiciones constitucionales (en este caso evidentemente también entendidas como parte integrante de la identidad constitucional italiana) como elementos para aplicar los principios ya presentes en el sistema europeo, ampliando su alcance e intensificando, por lo tanto, la protección relativa³⁹.

La *Corte Costituzionale* reconoce la importancia de la primacía del Derecho de la Unión y se esfuerza por impulsar al TJUE para que revisara su resolución anterior basándose en la circunstancia de que el principio de seguridad jurídica constituye “un requisito común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, está presente en el sistema de protección del CEDH y, como tal, consagra un principio general del Derecho de la Unión”.

³⁹ “*Questa Corte tiene a sottolineare che l’interpretazione appena delineata, se da un lato serve a preservare l’identità costituzionale della Repubblica italiana, dall’altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell’Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità*” (ord. n. 24/2017, puntos 8-9).

Por consiguiente, si bien la corte italiana mantiene abierta la posibilidad de invocar la doctrina contra los límites contra la futura resolución del TJUE, no adopta una posición de confrontación basada en la idea de que la identidad constitucional excluyente.

Defendiendo una vez más su patrimonio constitucional al igual, por ejemplo, que en el caso República italiana c. Alemania, elevado ante la Corte Internacional de Justicia (Inmunidades jurisdiccionales del Estado, 2012), la Alta Corte parece proponer un lenguaje alternativo con respecto a la protección del núcleo intocable del ordenamiento jurídico constitucional, en comparación con el lenguaje basado en la identidad hablado por el Tribunal Constitucional alemán en Gauweiler, por ejemplo. Es una aproximación relacional, que nace de la concepción abierta de su propia identidad constitucional, convergente respecto del sistema europeo de derechos fundamentales. Una vez más, hay tensión comparativa entre la tendencia inaugurada por el tribunal italiano y la diferente aproximación excluyente consolidada no solo en el tribunal constitucional alemán, sino en el húngaro, polaco, danés.

No es sólo una diferencia formal, lingüística, sino sustancial. La tradición constitucional es por definición de naturaleza pluralista, mientras que la referencia excluyente a la identidad constitucional, en su interpretación actualmente mayoritaria, no lo es. Como se ha señalado, el razonamiento de la *Corte Costituzionale* pasa de la tradición constitucional nacional a la europea, tratando de impulsar al TJUE a reconsiderar su sentencia anterior a la luz de valores que forman parte del patrimonio constitucional europeo.

Más concretamente, el artículo 6 TUE, apartado 3, podría ser la referencia sólida a aplicar como posible límite a la ejecución del *Taricco I*, basándose en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Esta disposición clasifica los derechos fundamentales, como resultado de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, entre los principios generales del Derecho de la Unión. A diferencia de la identidad constitucional, entonces, las tradiciones constitucionales están destinadas a incluir y preservar derechos fundamentales. La opción de invocar el artículo 6, apartado 3, para una *reactivación* parcial del TJUE enriqueciendo el contenido del principio de legalidad resulta coherente con el enfoque de la corte transalpina que subrayaba la importancia de una visión pluralista de las tradiciones constitucionales en lugar de buscar una defensa explícita y enérgica de la identidad constitucional. Es cierto que el artículo 6, apartado 3, se refiere a las tradiciones constitucionales que son comunes a los Estados miembros; sin embargo, la referencia a esta característica no debe impedir inyectar un cierto grado de pluralismo en el concepto de tradición constitucional, como ha sugerido la corte italiana, que permite conciliar un mayor nivel de protección arraigado en la Constitución nacional y en la primacía del Derecho de la Unión reforzando la función armonizadora del art. 4.3 TUE.

Reza el auto del juez italiano:

Según el art. 4(3) del Tratado de la Unión Europea, las relaciones entre la Unión y los Estados miembros se definen en virtud del principio de cooperación leal, que implica el respeto y la asistencia mutuos. Esto supone que las partes estén Unidas en la diversidad. No habría ningún respeto si las razones de la unidad exigieran anular el núcleo de valores en los que se basaba el Estado miembro. Y tampoco habría respeto si la defensa de las razones de la diversidad superase ese núcleo, obstaculizando la construcción del futuro de paz, basado en valores comunes, de los cuales se habla el preámbulo de la carta de Niza. La primacía del derecho de la Unión no expresa una mera articulación técnica del sistema de fuentes nacionales y supranacionales. Más bien refleja la convicción de que el objetivo de la unidad, en el marco de un sistema que garantice la paz y la justicia entre las Naciones, justifica una renuncia a los espacios soberanos, incluso si se definen por normas constitucionales. Al mismo tiempo, la legitimación (procedente del Art. 11 de la Constitución italiana) y la fuerza de la unidad dentro de un ordenamiento caracterizado por el pluralismo (Art. 2 del TEU) surgen de su capacidad de incluir una tasa de diversidad mínima, pero necesaria para preservar la Identidad nacional inherente a la estructura fundamental del Estado miembro (apartado 2 del artículo 4 del TEU). De lo contrario, los tratados europeos estarían dirigidos contradictoriamente a disolver el propio fundamento constitucional del que se han originado por voluntad de los Estados miembros (M.A.S. y M.B., 2016).

Metiendo en tensión el principio de democracia formulada por la *Corte costituzionale* italiana y la jurisprudencia del *BVerfG* alemán, emerge un *écart* judicial de gran envergadura en referencia con el principio de democracia, que en el primer caso se asocia al ejercicio de la función judicial, mientras que en la segunda está vinculada fuertemente a su versión parlamentaria representativa.

Un contenuto pregnante dell'identità costituzionale italiana è rinvenibile (nel principio di separazione dei poteri, ma soprattutto) nel ruolo della magistratura, per cui la Corte costituzionale, in quanto "giudice dei controlimiti", si erge a difensore del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, accentuando il legame tra art. 1 e art. 101, II co., della Costituzione e coinvolgendo così la magistratura nella concretizzazione dei principi costituzionali, che definiscono l'identità costituzionale nazionale (Polimeni, 2017, pág. 65).

Según el Tribunal Constitucional italiano, la defensa de la identidad constitucional pasa, ante todo, por garantizar la correcta aplicación de los principios supremos del sistema jurídico, establecidos principalmente por el poder judicial, y no a través del canal de la toma de decisiones políticas, que garantiza el correcto ejercicio de los instrumentos propios de la democracia representativa, como es el caso alemán. La concepción nacionalista de los valores encarnada por algunas sentencias de los tribunales constitucionales, principalmente la Corte constitucional alemana, estatales gira en torno a la idea de que la democracia sólo puede arraigarse dentro del Estado nacional. El *prius* lógico e institucional alberga en los Parlamentos nacionales. En particular la legitimación democrática de los poderes ejercidos por la Unión por parte del pueblo alemán se realizaría en el ámbito de la relaciones de confianza establecida entre el Parlamento alemán y el miembro del gobierno habilitado a

contribuir con su voto a las decisiones del Consejo Europeo y del Consejo de la Unión Europea [(PSPP), 2020]. Se ha justamente sostenido: “*La sentenza sul Trattato di Maastricht appare solo come la più elaborata espressione di un orientamento teso a riaffermare l'esclusività dell'ordinamento politico di uno Stato, concepito come la forma politica e giuridica di una comunità autosufficiente e autodeterminata*” (Cannizzaro, 2020, pág. 64). Una vez más estamos ante una reivindicación de exclusión basada en la concepción soberanista: “*the constitutional identity doctrine developed by certain domestic courts is essentially premised on an assertion of State sovereignty*” (Cloots, 2016, pág. 8).

En este sentido singular es la reconstrucción de la identidad constitucional llevada a cabo recientemente por el Tribunal Constitucional húngaro, en la Decisión n.º 22/2016 ((XII.5.) AB, 2016).

Tomemos el ejemplo de identidad y la interpretación del artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, propuesto por los gobiernos polaco y húngaro. Más recientemente, el Tribunal Constitucional húngaro ha intentado utilizar la tendencia a interpretar la identidad nacional de los Estados miembros para establecer problemáticas «desviaciones» del Derecho de la Unión⁴⁰. En este pasaje, el Tribunal Constitucional húngaro toma, en primer lugar, como punto de partida el artículo 4.2 TUE. Sin embargo, más adelante termina por utilizar el concepto de “identidad constitucional”, junto con la necesidad de preservar la soberanía nacional (término no utilizado por la letra del artículo 4 TUE). Por último, el Tribunal Constitucional húngaro ofrece una interpretación de identidad constitucional a la luz del artículo R3 de la Constitución húngara, ofreciendo así una lectura alternativa de la misma categoría. Al hacerlo, el juez húngaro ignora deliberadamente que el respeto de la identidad nacional debe leerse necesariamente junto con el artículo 4.3 TUE, que regula el principio de cooperación leal y se enmarca en el combinado dispuesto de los arts. 2 y 6 TUE. En otras palabras, la interpretación alternativa de la identidad nacional ofrecida por el Tribunal Constitucional húngaro está claramente en conflicto con la disposición del Tratado mencionada por los propios jueces en la sentencia. Esto confirma el uso instrumental, selectivo e instrumental de las previsiones regulatorias supranacionales pertinentes elaboradas por los populistas (Kortvelyesi, 2017). Después de la sentencia, en 2018, se aprobó una reforma constitucional que introdujo la fórmula “identidad constitucional” en el texto húngaro, art. R. 4: “*The protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State*”⁴¹. Se trata, una vez, más de una concepción solipsista y excluyente de la identidad nacional, desligada de su entramado axiológico y jurídico. Este pasaje nos lleva de nuevo al enfoque dicotómico del populismo que tiende a oponerse al pueblo a los “Otros”, de acuerdo con la dinámi-

⁴⁰ Tribunal Constitucional húngaro, sentencia no. 22/2016 (XII.5.) AB, https://hun-concourt.hu/letoltések/en_22_2016.pdf.

⁴¹ Art. Q.4 de la Constitución húngara, https://www.kormany.hu/download/fj/3e/61000/TheFundamentalLawofHungary_20180629_FIN.pdf

ca excluyentes y anti-pluralistas. Como ha señalado Abromeit, el populismo apela a una “*mythical Volksgemeinschaft*” e intenta construir “comunidades imaginadas” (Abromeit, 2017) buscando al enemigo político, de acuerdo con un enfoque anti pluralista.

6.3. La identidad nacional en las normas de convivencia social

La creciente intervención del Derecho de la Unión Europea en ámbito nacional aumenta las posibilidades de conflicto entre los intereses nacionales y los objetivos de la Unión, ya que el ordenamiento comunitario afecta cada vez más a menudo a aquellos ámbitos que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán afirmó como cruciales para mantener una «comunidad política viable e independiente», incluidas, por ejemplo, «las decisiones que revisten especial importancia culturalmente, por ejemplo, en lo que respecta al derecho de familia, al sistema escolar y educativo y al trato con las comunidades religiosas». La soberanía reclamada por las sentencias de los tribunales alemán, checo, húngaro entre otros, supone, al fin y al cabo, la capacidad de decidir absolutamente sobre la organización social: el vivir común.

Por tanto, las concepciones de identidad nacional afloran a contraluz también en las sentencias que construyen retóricamente las concepciones de la convivencia como uniformes, inamovibles y estereotipadas. Por el contrario, comprender el derecho en una trama cultural puede ser más bien una ocasión para resaltar cómo cada contexto cultural es “*complex and multi-stranded, and may shift over time*” (Jackson, 2012, pág. 57).

Cuanto más ahonda su mano integradora en los terrenos constitucionales nacionales, tanto más el Derecho de la Unión entra a reglamentar asuntos directamente relacionados con “vivir juntos”, con la (disciplina de la) convivencia social. “*The law plays a significant role in shaping human identity by specifying what constitutes the common good in a given society and which identity features are deemed (un)acceptable*” (Al Tamimi, 2018, pág. 287). En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos el *écart* aquí está representado por la continua referencia al concepto de identidad nacional respecto de las minorías. La identidad es personal, mientras que simultáneamente está constituida y moldeada por mecanismos generales de poder. Ser un exceso identitario significa que la identidad de cada uno se aborda principalmente como un problema (Hunter-Henin, 2012). A partir de la figura de *différance* de Derrida, las identidades no tienen una esencia fija y dependen de los excesos, “otros”, para asumir su significado. En la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relativa a la paternidad, el Tribunal de Justicia parece tener una visión específica de lo que se presenta como una parte incontestable de la identidad (Patrignani, 2016, pág. 40). Esta noción ostensiblemente individual de identidad se vuelve insostenible en los casos

en que se discute la naturaleza de un rasgo de identidad⁴², como el “pañuelo en la cabeza”⁴³, o una minoría que ha adoptado una identidad nacional que entra en conflicto con la identidad nacional mayoritaria⁴⁴. En el caso SAS emerge una “*Français conception du vivre ensemble*” que reclama de cerca la propia idea de *identité constitutionnelle* ya analizada *infra*. “*Levinas’ alterity has been denied twice: in the rejection of the radical heterogeneity of the other, and in the means i.e. the criminalization of alterity or the imposition through criminal law of a certain understanding of freedom and equality*” (Patrignani, 2017, pág. 51).

En la correspondiente sede de Luxemburgo ocurre algo parecido. Es suficiente explorar la jurisprudencia reciente del TJUE en áreas estrechamente relacionadas con la identidad nacional, como la religión y familia. En estos ámbitos, la UE no está dotada de competencias armonizadoras y, de diferentes maneras, los Tratados reconocen la distinta sensibilidad de estos temas cruciales. De este modo, los Tratados limitan el alcance de la intervención de la Unión y, en términos más generales, señalan la existencia de fuertes preocupaciones nacionales. Mejor aún, calibran, ponderan (como diría Weiler) la intervención normativa conjunta. Allí se halla el paradigma comunitario: en la necesidad recíproca y variada de reglar una comunidad supranacional.

En otras palabras, el artículo 4.2 TUE no impide que estas zonas «sensibles» entren en el ámbito del TJUE y que acaben por ser influenciadas por el Derecho de la UE. Esto es simplemente inevitable, a menos que el TJUE modifique fundamentalmente sus puntos de vista sobre el funcionamiento del ordenamiento jurídico europeo y, en particular, las doctrinas de primacía y eficacia del Derecho de la UE.

Sin embargo, la normativa comunitaria, como la interpretación judicial, no debe dar lugar necesariamente a consecuencias negativas desde la perspectiva de un Estado miembro, en términos de pérdida de autonomía doméstica y de uniformidad prevaleciente sobre la diversidad. Por el contrario, la cláusula de identidad nacional puede influir en la interpretación y aplicación prácticas del Derecho de la Unión en un caso concreto.

En los últimos tiempos, el TJUE ha sido llamado a decidir sobre una amplia gama de cuestiones religiosas, como el sacrificio ritual⁴⁵, el uso de pa-

⁴² TEDH (GC) 18 marzo 2011, no. 30814/06 (Lautsi and Others v. Italy).

⁴³ TEDH (GC) 1 julio 2014, no. 43835/11 (S.A.S. v. Francia). Sobre la comparación con los correspondientes casos abordados por el Tribunal de Justicia, cfr. Lazari, A., (2018), El diálogo entre jueces como paradigma comparativo europeo. En *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: Una mirada interdisciplinar*, G. Fernández Arribas, M. Hermosín Álvarez, A. Lazari (ed. pp. 41-71), Tirant.

⁴⁴ TEDH (GC) 30 enero 1998, no. 19392/92 (The United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey).

⁴⁵ TJEU, C-426/16, Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen v. Vlaams Gewest, ECLI:EU:C:2018:335 and C-336/19 Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others, ECLI:EU: C:2020:1031.

ñuelos en el lugar de trabajo⁴⁶, el impuesto, los regímenes de las iglesias⁴⁷, la selección y el despido de empleados por motivos religiosos⁴⁸, y las fiestas religiosas⁴⁹. Muy a menudo, más que la libre circulación, ante el Tribunal de Justicia se plantean cuestiones relacionadas con el principio de no discriminación.

La Abogada General negó que la cuestión del respeto de la identidad nacional pudiese excluir la aplicabilidad del Derecho de la UE. Exige, más bien, que la aplicación de dicha Directiva no afecte negativamente a las identidades nacionales de los Estados miembros⁵⁰.

Abogado General volvió entonces al tema de la identidad en los párrafos finales de sus conclusiones, en los que se dice que, en la aplicación del principio de igualdad con el caso en juego, también es importante tener en cuenta las identidades nacionales de los Estados miembros, que pueden conducir, en los Estados miembros «donde el laicismo tiene rango constitucional», hasta la conclusión de que «el desgaste» de los símbolos religiosos visibles pueden estar legítimamente sujetos a restricciones más estrictas... que en otros Estados miembros cuyas disposiciones constitucionales tengan un énfasis diferente o menos distinto a este respecto». Correspondía al órgano jurisdiccional remitente «encontrar un justo equilibrio entre los intereses en conflicto», teniendo también en cuenta la identidad nacional de Bélgica y artículo 4 TUE, apartado 2, según el Abogado General, pasaría a formar parte de la prueba de proporcionalidad de medidas indirectamente discriminatorias.

También en el caso Egenberger el Abogado General sostiene que el artículo 4.2 TUE “exige, más bien, que la aplicación de dicha Directiva no afecte negativamente a las identidades nacionales de los Estados miembros. Por lo tanto, la identidad nacional no limita el ámbito de aplicación de la Directiva como tal, sino que debe tenerse debidamente en cuenta en la interpretación del principio de igualdad de trato que contiene y de los motivos de justificación de las eventuales diferencias de trato”⁵¹. Sin embargo, como sucedió en el asunto Achbita, el Tribunal no acogió este punto de identidad nacional en su fallo. En ambos juicios, el mero hecho de que las cuestiones religiosas sean

⁴⁶ TJEU, C-157/15, Achbita v. G4S SecureSolutions, ECLI:EU:C:2017:203 and C-188/15, Bougnaoui v. Micropole, ECLI:EU:C:2017:204. CJEU, C-157/15, Achbita v. G4S SecureSolutions, ECLI:EU:C:2017:203 and C-188/15, Bougnaoui v. Micropole, ECLI:EU:C:2017:204.

⁴⁷ TJEU, C-74/16, Congregacion de Escuelas Pías Provincia Betania v. Ayuntamiento de Getafe, ECLI:EU: C:2017:496.

⁴⁸ TJEU, C-414/16 Egenberger, ECLI:EU:C:2018:257; and C-68/17, IR v. JQ, ECLI:EU:C:2018:696.

⁴⁹ TJEU, C-193/17 Cresco Investigation GmbH v. Markus Achatzi, ECLI:EU:C:2019:43.

⁵⁰ Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto C-157/15 Achbita, ECLI:EU:C:2016:382, para. 31.

⁵¹ Conclusiones del Abogado General Tanchev en TJEU, C-414/16 Egenberger, ECLI:EU:C:2017:851

delicadas y puedan afectar a la identidad nacional de un Estado miembro no significa que el Derecho de la Unión no pueda interferir en la aplicación de este derecho en los Estados miembros.

El derecho de familia es otra esfera delicada en la que la Corte fue llamada recientemente a intervenir. También en este caso hay opiniones diversas e incluso divergentes entre los Estados miembros: como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el contexto del Consejo de Europa, el derecho de familia es un ámbito en el que existen «connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas, que pueden diferir en gran medida de una sociedad a otra»⁵². Esto es cierto, en particular, para el matrimonio entre personas del mismo sexo. En términos generales, en Europa occidental, la mayoría de los Estados miembros, con ritmos diferentes, han avanzado hacia un reconocimiento progresivo del matrimonio entre personas del mismo sexo y/o uniones, mientras que en la parte oriental del continente hay limitadas el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo, y algunos Estados miembros incluso se movieron en la dirección opuesta, prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo en la Constitución, o al menos intentar hacerlo, como sucedió en Rumania⁵³.

El caso *Coman*⁵⁴ se originó en este último Estado miembro. El TJUE fue llamado por el Tribunal Constitucional rumano para interpretar el término «cónyuge» con arreglo a la legislación de la UE en materia de libre circulación y decidir si incluye al mismo sexo socios de nacionales de la UE.

En efecto, algunos Gobiernos alegaron que existía una consideración de interés general, habida cuenta de «la naturaleza fundamental de la institución del matrimonio y de la intención de varios Estados miembros de mantener una concepción de dicha institución como una unión entre un hombre y una mujer, que está protegida en algunos Estados miembros por leyes de rango constitucional»⁵⁵.

En este caso, el Tribunal de Justicia fue más allá que en los fallos anteriores, en los que siguió estrictamente una perspectiva tradicional de libre circulación, haciendo referencia a la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar de las parejas homosexuales⁵⁶, y aunque no llegó a sugerir que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un

⁵² TEDH, *Schalk y Kopf v. Austria*, no. 30141/04.

⁵³ En octubre de 2018, Rumania celebró un referéndum promoviendo una enmienda constitucional que habría prohibido explícitamente el matrimonio entre personas del mismo sexo en el texto constitucional. El referéndum fracasó debido a la baja participación —21,1%— muy por debajo del umbral requerido del 30%.

⁵⁴ Sentencia del TJEU, C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:385.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 42.

⁵⁶ TEDH, *Vallianatos and others v. Greece*, nos. 29381/09 and 32684/09 y TEDH, *Orlandi and otros v. Italy*, no. 26431/12.

derecho fundamental en virtud del Derecho de la UE⁵⁷, insinuó el hecho de que la UE ofrece protección de los derechos fundamentales a las parejas del mismo sexo.

Thus, Coman stresses again that the national identity clause cannot be invoked unilaterally and that the existence of Article 4(2) TEU does not exclude EU interference in areas, such as family law, where competence to take legislative action remains at the national level. It did not produce a fundamental revolution in the regulation of same-sex marriage in Europe [...] Rather than asking Member States to fundamentally rethink identity-related choices, it ensured a 'modus vivendi' between the domestic and EU legal system (Bonelli, 2021, pág. 548).

Si se lee en esta óptica, la cláusula puede, en primer lugar, verse simplemente como la expresión de un principio que existió desde el inicio del proceso de integración. Como confirmado por el Abogado General Poiares Maduro y, a continuación, en el asunto *Michaniki*, antes de la introducción del artículo 4 TUE, apartado 2:

la Unión Europea está obligada a respetar la identidad constitucional de los Estados miembros. Esta obligación ha existido desde el principio. De hecho, forma parte de la esencia misma del proyecto europeo iniciado en el principios de la década de 1950, que consiste en seguir el camino de la integración mientras mantener la existencia política de los Estados” (Conclusiones Eurojust).

Aparte de su legislación concreta en un caso concreto, la cláusula de identidad nacional del artículo 4 TUE, apartado 2, por lo tanto, también será una señal política de que la UE no es, y no se convertirá, en una federación. *“At the same time, the Court should also make clear once and for all, that national identity claims, as is the opinion of almost all commentators, cannot go against the founding values of Article 2 TEU. ‘Exclusive’ or ‘absolute’ constitutional identities are not welcomed in the EU legal space”* (Bonelli, 2021, pág. 558).

Una vez más, la identidad nacional se traduce en términos axiológicos: *“The headscarf is taken here as a ‘mirror of identity’ that forces Western societies ‘to see who they are and to rethink the kind of societies and public institutions they want to have’”* (Joppke, 2009, pág. X). Estas fricciones culturales y sociales, de todas formas, no han de ser interpretadas negativamente: una vez más, testimonian una creciente madurez en la propia idea de identidad pluralista europea. Para garantizar que una comunidad política sea verdaderamente inclusiva para que todos sus ciudadanos se sientan “como en casa”, los ciudadanos deben sentir que se respeta su identidad, incluida su identidad nacional. En consecuencia, y aunque pueda sonar paradójico, un sujeto político

⁵⁷ Véase el derecho a contraer entre personas del mismo sexo como derecho fundamental en el sistema estadounidense *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S., 3, 135 S. Ct. 2584, 2594 (2015), donde Justice Anthony Kennedy de la Corte Suprema de los Estados Unidos citó a Confucio en su decisión mayoritaria, interpretando la Decimocuarta Enmienda para defender el matrimonio entre personas del mismo sexo: *“The centrality of marriage to the human condition makes it unsurprising that the institution has existed for millennia and across civilizations [...] Confucius taught that marriage lies at the foundation of government”*.

multinacional como la Unión tendrá que prestar atención a las lealtades que sus ciudadanos sienten hacia sus propios grupos nacionales si ella misma desea convertirse en el objeto de la lealtad de sus ciudadanos para asegurar su viabilidad. *“Many national constitutional courts have understood this, and have developed a theoretical basis for their claim that EU law must comply with the identity of their constitution”* (Cloots, 2016, pág. 2).

7. LA CIFRA DEL PRINCIPIO DEL PLURALISMO DEL ART. 2 TUE COMO MARCO EXTREMO DE DIÁLOGO

Realmente la cifra identitaria de la Unión es su apertura inclusiva, su defensa de la diversidad, reconocida constitucionalmente en el art. 4 del TUE. En resumidas cuentas, la complejidad intrínseca del paradigma comunitario sugieren que se metabolice el elemento interno, nacional, en la creación del derecho europeo. *“In the context of transnational legal integration, constitutional identity acquires relational and collective dimensions that supplement the individual dimension of identity as national particularity”* (Scholtes, 2021, pág. 540). De aquí la inclusión —“ponderada”— del Otro de la que nos habla Habermas (Habermas, 1992). *“La integración de distintos ordenamientos jurídicos en un espacio jurídico europeo común requiere estudiarlos y reconstruirlos a la luz del nuevo contexto más amplio”* (Von Bogdandy, 2016, pág. 460).

Esta inclusión identitaria lleva al “patrimonio constitucional europeo” y se concretiza en la construcción mediante comparación, por ejemplo, de las tradiciones constitucionales comunes, o en la interpretación relacional del art. 2 TUE. Por este motivo el progresivo empleo del art. 2 TUE en la reciente jurisprudencia en tema de tutela judicial efectiva y de defensa del mecanismo de la cuestión asume un papel neurálgico: es (o debería ser) la cifra de la diversidad del modelo europeo (siempre que logre abrirse al Otro). En torno a de la sentencia polaca sobre la primacía del Derecho de la Unión (K 3/21, 2021) se ha tejido una tela de araña de otras sentencias del TJUE y, dentro de ellas, de argumentaciones (Comisión c. Polonia, 2021; WB, 2021; A.B., 2021; M. F., 2022).

Las reclamaciones excluyentes de la identidad constitucional propugnan un *“epistemology of provenance”* que asocia la protección de una identidad con un *“claim to an exclusive domain of knowledge”* (Kruks, 1995, pág. 1). Y los propios conflictos identitarios forman parte de un proceso de inclusión dialógico, como afirma Martinico (2018) refiriéndose a la teoría política de Mouffe (Mouffe, 2007), siempre que permanezcan en el perímetro axiológico trazado por el art. 2 TUE. Cuanto más áspero se hace el diálogo, tanto más definido se hace el punto de partida de la red conceptual de las últimas decisiones del Tribunal de Luxemburgo: el art. 2 TUE.

Esto se ve respaldado por un elemento de la máxima relevancia en el asunto identitario: el reconocimiento legal de las tradiciones constitucionales co-

munes, a saber, de prácticas y actitudes jurídicas muy enraizadas. Como señala el Abogado General Pedro Cruz Villalón:

“[E]l Tribunal de Justicia ha operado desde hace mucho con la categoría de las ‘tradiciones constitucionales comunes’ de los Estados miembros a la hora de buscar inspiración en la construcción del sistema de valores sobre los que la Unión se asienta. [...] La Unión ha adquirido así el carácter, no sólo de una comunidad de derecho, sino también de una ‘comunidad de cultura constitucional’. Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del derecho de la Unión Europea debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros (Conclusiones en Gauweiler, punto 61).

8. RELEVANCIA Y LÍMITES DEL ART. 2 TUE COMO *GRUNDNORM* ÉTICA

Se ha de poner en valor la importancia del silencio en la idea de tradición: es una fuente no escrita que ahonda sus raíces en los valores expresados por la sociedad. Es el *nomos basileus* de Heródoto, que no dista mucho de las últimas investigaciones sobre el derecho mudo de Sacco⁵⁸. “*In the legal field, the adjective ‘silent’ may have different meanings and sometimes linked to the concept of ‘mute.’ [...] we can assume as a preliminary hypothesis that the implicit, and not verbalised, rules can produce legal effects. The forms with which the law manifests itself – or shows itself silent or mute – tend to intertwine over time as the threads of a rope*” (Scarciglia, 2018, pág. 34). El art. 2 TUE no es tan solo el telar conceptual, en torno al cual se urden las disposiciones del art. 6.3 TUE, 19 TUE y 267 TUE, como en la emblemática y citada sentencia M. F. (2022).

Existe una manera de relacionarse y comunicarse osmóticamente con las tradiciones estatales. Esta perspectiva sugeriría que los Estados no deben imponer una visión unilateral de su propia identidad (*Closure*), sino abrir espacios donde las diferentes tradiciones pueden reunirse, dialogar y reconciliarse. “*The feature of these spaces should be the porosity. About the porosity of relationships between traditions, Glenn remarks that this tendency is essentially reversed*” (Scarciglia, 2018, pág. 38). Las identidades nacionales pueden converger en tradiciones constitucionales comunes, pues forman parte del

⁵⁸ Como señala Sacco, la “norma no escrita” está biológica y culturalmente relacionada con el hombre. Este fenómeno no ha desaparecido, al contrario, es particularmente vital. En todos los sistemas jurídicos, junto con las normas visibles, existen normas cuasi invisibles o latentes, como medios interpretativos, conceptos científicos, principios generales, valores y criptotipos; así Sacco, R., *Il Diritto Muto*, Einaudi, 2015, pág. 149.

mismo conjunto de Estados que comparten los valores consagrados por el art. 2 TUE; y pueden estos también disponer de identidades no convergentes, pero siempre compatibles con la *Grundnorm* del art. 2 TUE.

Absolutamente iluminantes son las últimas reflexiones hilvanadas por Koskenniemi en *“The Gentle Civilizer of Nations”*, allí donde afronta la cuestión de los nuevos retos del Derecho Internacional, ya destetado de la razón cosmopolita, de todas formas portador de un diseño, de un proyecto del Derecho (Koskenniemi, 2001). La energía y la esperanza del Derecho Internacional residen en su capacidad de expresar las tensiones hacia la transformación, ya presente en su seno, en el lenguaje de los derechos y deberes, concediendo Voz a aquellos que de otra forma permanecerían regularmente excluidos. Se trata de un ideal formal, que apunta hacia la construcción de lo común gracias a la conciencia de que cada comunidad se funda sobre una exclusión y que, por tanto, el modo de autodefinirse de una comunidad tiene que prever que tal exclusión esté constantemente renegociada en la dirección de la ampliación del horizonte comunitario. Asunto distinto es que algunos Estados miembros tanto en el plano político como en las determinaciones judiciales se pongan fuera de este espacio común europeo en virtud de una supuesta identidad constitucional excluyente (K 3/21, 2021). La *communitas*, como apunta su etimología latina, implica un conjunto de deberes, en este caso asociados a los valores del art. 2 TUE. Nace para prevenir conflictos en la medida en que se hace trama común. La Unión Europea no contempla un procedimiento de exclusión de miembros recalcitrantes a cumplir con sus obligaciones; son los Estados que se colocan ellos mismos más allá del territorio de la *communitas*. En el lado comparatista, P. Glenn sostenía que:

Latin word ‘comparo.’ [...] is a composite word, composed of the word com (or cum), in English ‘with,’ and par, in English ‘peer’ or ‘equal.’ So comparing can be seen as a process of existing with an equal, or that which is taken to be an equal, in spite of evident differences. It is a process of what was once referred to in Spain as convivencia, the process of living together in a non-conflictual manner in spite of profound differences or beliefs (Glenn, 2011, pág. 950).

Hemos visto que el derecho comparado contribuye al estudio del aspecto relacional del Derecho, a trazar telas de araña más que a constituir los muros de las taxonomías, resultado a menudo de visiones hegemónicas. *“A missing element in the very rich scholarship on constitutional courts, judicial review, and constitutional adjudication is an analysis that puts the courts’ relations at the center. A comprehensive comparative investigation of courts’ relations is still missing”* (Nedelsky, 2011, pág. 54)⁵⁹. Los gobiernos y los jueces nacionales que no comprenden la transcendencia de este conjunto de *écarts* se sitúan ellos mismos más allá del territorio comunitario; se aíslan persiguiendo, una vez más, una identidad insular e hipostática, fuera del espacio y del tiempo. Pero hay más.

⁵⁹ Cfr. Fabbrini, F. – Sajó, A. (2019) The danger of constitutional identity, en *European Law Journal*, 1-23.

“The Holy Trinity of values provides the conditions for action—individual and collective—but not its content” (Weiler, 2020, pág. 96). Los valores y las virtudes tienen una relación complicada. Los dos no necesariamente se corresponden. Un valor es una proposición moral o ética: una abstracción, un ideal en el que podemos creer. Las virtudes se relacionan con rasgos personales, un “hábito operativo” en el lenguaje de Tomás de Aquino, una “disposición a actuar” en el lenguaje de Aristóteles, el *nomos basileus* de Heródoto (Sikkink, 2020). La naturaleza rígida de la Constitución, aunque muy importante, no ha sido en sí misma capaz de proteger el derecho de nuevos delirios de omnipotencia colectivos. Para lograr ese resultado, era necesario abandonar la concepción unidimensional del derecho, propio del positivismo jurídico (es decir, la reducción de todo el fenómeno jurídico como manifestación de *auctoritas*, la “reducción letal del derecho a la ley”) (Zagrebelsky, 2007) y ver la Constitución como algo profundamente diferente de una mera *lex superior*, capaz de crear e interpretar costumbres sociales. Se alude a la construcción de la categoría de “principios supremos” identitarios, sustraídos al poder dispositivo del legislador constitucional y, a través de la doctrina de los “controlimiti” ya mencionados, también al amparo de un posible ataque procedente del Derecho supranacional europeo. Esta operación se materializa con un acto formal, reiterado por la jurisprudencia posterior y apoyado por la cultura constitucionalista que, mientras tanto, también había “descubierto”, junto con el resto de comunidades jurídicas, la novedad representada por la Constitución viviente. Este recorrido llevó a recuperar un espacio conceptual, antes que jurídico, representado por el perímetro de los valores fundamentales de la sociedad, que el paradigma moderno había terminado expulsando del Derecho y, por tanto, del campo de la investigación de la ciencia jurídica. El trasvase de estos valores identitarios nacionales en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros ofrece linfa vital al constitucionalismo europeo mediante una fuente judicial no escrita. Este trayecto, que cierra el largo período del absolutismo legal moderno (Grossi, 1998), forma parte de un itinerario más largo —que aún no se ha completado— de redefinición de la identidad de la ciencia jurídica, al igual que en literatura las miles identidades del Moscarda pirandelliano⁶⁰.

Como observa Paolo Grossi,

il nuovo ordine giuridico europeo, che assume giustamente l'individuazione e il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo al cuore del suo programma, ha il pro-

⁶⁰ Vogliotti, M., *Les nouveaux chemins de la légalité Au-delà de la modernité juridique*, Presses de l'Université Saint-Louis Année, 2020, 28-29 :

La crise de la légalité ressemble à celle qui saisit le protagoniste du roman de Pirandello[...]. Vitangelo Moscarda, c'est le nom de ce personnage, finit par remettre en cause l'image positive qu'il avait toujours eue de lui-même après que sa femme lui ait fait remarquer, un jour qu'il s'observait au miroir, un défaut de son nez et, à partir de là, bien d'autres défauts encore. Or, si nous aussi observons la réalité sans les vieilles lunettes du « paradigme juridique moderne », nous ne verrons plus le visage de la légalité que la science juridique était habituée à contempler d'un regard complaisant.

prio basamento non in una norma progettata e scritta nei palazzi alti del potere, ma nella stessa storia dei popoli, nelle tradizioni che i popoli hanno accumulato nella loro vicenda storica, nelle radici solidissime di principi non scritti (Grossi, 2009, pág. 31)⁶¹.

Incluso en el ámbito mundial en general, podemos advertir los primeros signos de un proceso de constitucionalización del derecho, aunque en forma embrionaria y con diferentes acentos de protección dependiendo de la región y el sector en cuestión. En la provincia más tradicional del derecho internacional, la reconquista de la segunda dimensión del derecho, y por lo tanto la imposición de límites a la acción de los Estados, tuvo lugar, por doctrina internacionalista, a través de la categoría del *ius cogens*, consagrada en 1969 por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Cassese A. , 2003).

Como expresión no de *auctoritas* sino del patrimonio axiológico de la sociedad en su desarrollo histórico, los derechos no son un catálogo cerrado y fosilizado en los textos de una u otra Carta, sino el producto —siempre en evolución— de la maduración de la cultura jurídica y las transformaciones del espíritu de la sociedad. La primacía aquí no va a la fuente (al texto escrito, que es sólo el epifenómeno de una realidad mucho más profunda), sino a la interpretación que permite a las Cartas mantener vivo el vínculo con el lado del Derecho al que pertenecen constitutivamente y a los otros lados de los otros derechos con los que asumen una cierta identidad.

El tema que constantemente aflora en este trabajo, y en la reflexión contemporánea, es, por lo tanto, doble. Por un lado, la percepción del flujo de ideas, instituciones y rasgos culturales, que cruza continuamente los espacios geográficos bordeados por límites cada vez más porosos y artificiales, y produce incesantemente procesos de redefinición de identidades, agregación en formas inestables y precarias, hibridaciones y antagonismos.

Por otro lado, precisamente el énfasis en la reorganización de identidades inducidas por los procesos de globalización está vinculado a la conciencia de que la matriz puramente europea (o al menos occidental⁶²) de la herramienta teórica tradicional puede ser un límite objetivo a un pensamiento comparativo que pretenda adquirir un alcance más amplio, a fin de interpretar la evolución de la sociedad en todas sus dimensiones (Resta, 2020, pág. 65). De aquí surge una mayor atención al Otro.

⁶¹ Grossi, P., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2009, editado por G. Alpa, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 31.

⁶² Bennett, T. W., (2006) *Comparative Law And African Customary Law*. En Reimann M. – Zimmermann R. (Eds.) *The Oxford Handbook Of Comparative Law*, Oxford University Press, 321: “*The history of comparative law has, in fact, been markedly eurocentric. It was only in the fifteenth and sixteenth centuries that lawyers in Europe started looking to the wider world*”.

El igual respeto de *cada cual* no comprende al similar, sino que abarca a la persona del otro o de los otros en su alteridad. Y ese solidario hacerse responsable del otro *como uno de nosotros* se refiere al flexible «nosotros» de una comunidad que se opone a todo lo sustancial y que amplía cada vez más sus porosos límites. Esta comunidad, concebida de modo constructivista, no es un colectivo que obligue a uniformizados miembros a afirmar su propio modo de ser. Inclusión no significa aquí incorporación en lo propio y exclusión de lo ajeno (Habermas, 1992, pág. 45).

CONCLUSIÓN

Esta nueva identidad es relacional, compleja y axiológicamente definida.

“Nos han colocado ante una creciente y amplia porosidad de los ordenamientos jurídicos, frente al desarrollo de áreas de Derecho común que, como han enseñado Peter Häberle, Pierre Legrand y Patrick Glenn, necesitan ser “manejados” con criterios flexibles y con una aproximación crítica en relación con la dogmática tradicional de las fuentes del derecho, construida sobre la idea guía de un Derecho “im-puesto” por un legislador” (Prólogo, Ridola, 2021, pág. 4).

La característica esencial de la prueba individual y colectiva impuesta por el contagio del Covid consiste en una nueva forma de ver el mundo. El magisterio de Covid exige una mirada binocular, como diría Bion⁶³. No podemos mirar a nuestro Ego sin mirar simultáneamente al Otro. Esta *forma mentis*, sin embargo, no es sólo singular, sino también plural. El magisterio del Covid demuestra a nivel axiológico que el Otro no es sólo mi límite, sino también mi oportunidad de salvación.

La relación que liga indisolublemente las identidades con el entorno, su dimensión relacional termina por empaparla claramente de unas connotaciones axiológicas. “El Derecho entonces, y cada vez más, como relaciones entre ordenamientos” (Sánchez Barrilao, 2021, pág. 34).

No es una casualidad que, al lado de los recientes trabajos sociológicos, antropológicos e incluso literarios sobre la temática identitaria en estos recientes años también las máximas expresiones del pensamiento filosófico y espiritual hayan —cada uno desde su perspectiva— hecho referencia a los motivos identitarios.

El motivo de las continuas referencias morales a la identidad puede ser fácilmente comprendida desde nuestra perspectiva epistemológica. Esta tela de araña de trazas derridianas que forjan y mantienen en vida dinámicamente las identidades se nutren de la linfa vital de la solidaridad: son reglas de convivencia social (Morin, 2020). El paradigma de la Unión Europea se cifra en

⁶³ Bion, W., *Learning from Experience*, Maresfield Library, Karnac, 1962; Idem, *Elements of Psychoanalysis*, Maresfield Library, Karnac, 1963.

su solidaridad comunitaria y no funciona cuando ha actuado según normas sinalagmáticas de Derecho Internacional.

A fin de cuentas, por este motivo la cuestión identitaria abarca varios niveles de lectura y es esencial para la convivencia comunitaria: no es solo una *querelle* filosófica, ni tampoco una teoría sociológica, ni se reduce a ser una propuesta política. Ella cuestiona —y puede llegar a facilitar— la propia convivencia humana (Ceruti M., 2020, pág. 19).

Desde su identidad, el otro tiene algo para aportar [...] Lo que vale es generar procesos de encuentros, procesos que construyan un pueblo que sabe recoger las diferencias. [...] Un pacto cultural supone renunciar a entender la identidad de un lugar de manera monolítica (Carta encíclica, pág. 147).

Es el énfasis en una voluntad común (inexistente) lo que permite a los populistas simplificar, incluso trivializar. Si solo hay una voluntad popular, cuya epifanía es la identidad constitucional excluyente, entonces no hay más matices, no hay más complejidad, ya no es necesario afrontar la tela de araña de la complejidad (Eco, 2018). Es una visión tranquilizadora y ansiolítica: solo hay una respuesta correcta y lineal a los problemas de nuestro tiempo, no hay necesidad de pensar, no hay necesidad de comprometerse. Una colectividad política gira en torno a lo que tiene en común: historias, valores compartidos, símbolos, más o menos inclusivos. En el Derecho de la Unión esto se traduce en las tradiciones constitucionales y en los valores comunes, que no pretenden uniformidad de visiones. La diferencia entre uniforme y común nos permite concebir la democracia como un ágora en la que se confrontan puntos de vista discordantes y no una sola verdad, ni una sola “voluntad popular”. Compatible, más bien coherente con la idea de pluralismo, es el concepto de comunidad. En torno a ello gravita el léxico de la solidaridad, igualdad, tolerancia. La comunidad es el lugar de los deberes hacia la colectividad, desbordantes de la simple relación sinalagmática del Derecho Internacional contractualista. Aquí entramos en un ámbito de gratuidad solidaria, opuesta a los *arcana imperii* del Derecho Internacional contractualista.

La alternativa es evidente: es el “*Appello per il futuro dell’Europa*”. “*Alla creazione di un Superstato europeo, alla distruzione o alla cancellazione della tradizione europea, alla trasformazione delle istituzioni sociali e dei principi morali fondamentali*” [énfasis añadido] (Carta dei valori). Así como cristalino es el diseño político judicial de aislacionismo identitario, que pregona “*un insieme di competenze inviolabili degli Stati membri dell’Unione europea, e un meccanismo appropriato per la loro protezione, con la partecipazione delle corti costituzionali nazionali o di organismi equivalenti*” (Carta dei valori).

La tela de araña epistemológica debe convertirse no solo en una manera de interpretar la realidad compleja, sino en una manera de ser, una virtud aristotélica. “Lo que sucederá en el futuro dependerá de cómo ejerzamos nuestra libertad, si desde un ‘nosotros’ incluyente o desde una fragmentación de individuos” (Cortina, 2021, pág. 1). No se trata, en efecto, de explicar el acceso de la cultura occidental a las Otras, sino su implicación en un mundo

realmente común (Graeber, 2021), cuya normas de convivencia se pueden confeccionar gracias al verbo “com-paro (Merleau-Ponty, 1979)⁶⁴.

FUENTES CITADAS

Bibliografía

- Acosta, J. (1994). *Historia Natural y Moral de las Indias*. Atlas.
- Aime, M. (2020). *Classificare, separare, escludere: Razzismi e identità*. Piccola biblioteca Einaudi.
- Alonso García, R. (2014). *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Civitas / Thomson Reuters.
- Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal, C-106/7 (Sentencia del Tribunal de Justicia CE 9 de marzo de 1978).
- Appiah, K. (2018). *Rethinking Identity: The Lies that Bind*. Profile Books.
- Bauman, Z. (2016). *Extraños llamando a la puerta (Estado y Sociedad)*. Paidós.
- Berman, N. (2012). *Passion and Ambivalence: Colonialism, Nationalism, and International Law*. Martinus Nijhoff.
- Bettini, M. (2020). *Hai sbagliato foresta. Il furore dell'identità*. Il Mulino.
- Boaventura de Sousa, S. (2021). *El futuro comienza ahora. De la pandemia a la utopía*. Akal: Madrid.
- Bodin, J. (1576). *Les six livres de la République* (I ed.). Paris.
- Bon, P. (2014). La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica. *Rev. Esp. Der. Const.*, 167-188.
- Bonet Navarro, J. (2005). El estatuto especial del monte Athos ante la tradición religiosa. el derecho eclesiástico griego y el derecho comunitario europeo. *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, 93 ss. .
- Bonilla Maldonado, D. (2020). *Los bárbaros jurídicos: Identidad, derecho comparado moderno y el Sur global (Filosofía política y del derecho)*. Siglo del Hombre Editores.
- Burchardt, D. (2017). Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere. *Leiden Journal of International Law*, (30), 305–326.
- Burgorgue-Larsen, L. (2011). *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*. Pedone.
- Burgorgue-Larsen, L. (2016). Sobre un acercamiento dialógico al Derecho Constitucional Europeo. *ReDCE*(25). Obtenido de http://www.ugr.es/~redce/REDCE25/articulos/05_BURGORGUE.htm
- Bussani, M. (2010). *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*. Einaudi.
- Callies C., S. A. (2019). Comparative Constitutional Identity and Multilevel Constitutionalism. En C. C. (Eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism* (págs. 348-371). Cambridge University Press.
- Cannizzaro, E. (2020). *La sovranità oltre lo Stato*. Il Mulino.
- Cartabia, M. (2007). L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea. En M. Cartabia, *I diritti in azione* (págs. 13-66). Il Mulino,.
- Cassese, S. (2015). Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino. *Ars interpretandi*, 1-14.

⁶⁴ Cfr. M. Garcés, *La filosofía inacabada*, cit., pp. 164-176, part. 173: “la de Merleau-Ponty es una ontología del *entre*, de la no coincidencia. [...] A la verdad se llega solo con los otros”.

- Cassese, S. (2021). The European Common Constitutional Traditions. En R. T. E. Calzolaio, *Liber Amicorum Luigi Moccia* (240-255). Roma tre.
- Castellino, J. (2000). *International Law and Self-Determination. The Interplay of the Politics of Territorial Possession with Formulations of Post-Colonial 'National' Identity*. Brill.
- Ceruti, M. (2018). *Il tempo della complessità*. Cortina Raffaello.
- Ceruti, M. y Bellusci F. (2020). *Abitare la complessità*. Milano – Udine: Mimesis.
- Cilliers P. y Preiser R. (2010). *Complexity, Difference and Identity*. Springer Netherlands.
- Cloots, E. (2016). National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 45-67.
- Constantinesco, V. (2010). La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales: Convergences ou contradictions? contrepoint ou hiérarchie? En *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*. LGDJ.
- Corrias, L. (2016). Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity. *European Constitutional Law Review*, 25.
- Cortés Martín, J. (2020). Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho. *Rev. Der. Com. Europ.*, 66, 473-517.
- Crawford, J. (2018). The Current Political Discourse Concerning International Law. *Common Mar. Law Rev*, 1-39.
- Cruz Villalón, P. (2012). Rights in Europe. *Working Papers in European Law, The Crowded House, King's College London, Centre of European Law*, 3-21.
- (2013). La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*(17), 501-514.
- Dani, M. (2009). Tracking Judicial Dialogue-The Scope for Preliminary Rulings from the Italian Constitutional Court. *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 130-154.
- Dardot, P. y Laval, C. (2020). *Dominer*. Éditions La Découverte.
- Deleuze, G. (1998). *Le pli: Leibniz et le baroque*. Editions de Minuit.
- Democratic Alliance v Minister of International Relations and Cooperation and Others (High Court of South Africa (Guateng Division) 22 de febrero de 2017).
- Derrida, J. (1990). Force of Law: The Mystic Foundation of Authority. *Cardozo Law Review*, 11, .
- Derrida, J. (1991). *L'autre Cap. Suivi De La Démocratie Ajournée*. Les Éditions De Minœt.
- Descamps, E. (1903). *L'Afrique Nouvelle*. Hachette.
- Di Federico, G. (2017). *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art.4, par.2, TUE*. Editoriale Scientifica.
- Díez-Picazo, L. (2005). Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional, en Constitución europea y constituciones nacionales. En C. M.-D.-P. P. Tirant lo Blanch,.
- Dumond, L. (1993). *Saggi sull'individualismo. Una prospettiva antropologica sull'ideologia moderna*. Adelphi,.
- Faraguna, P. (2016). *Costituzionalismo.it*, 180-210. Obtenido de https://www.costituzionalismo.it/costituzionalismo/download/Costituzionalismo_201603_591.pdf.
- (2016). Taking Constitutional Identity away from the Courts. *Brooklyn Journal of International Law*, 501 sg.
- Farina, F. (2019). Istituzioni giuridiche del mercato ed istituzioni economiche del governo: una comparazione fra Stati Uniti ed Europa. En Resta, & S. A.-Z. G. (Edits.), *Comparare. Una riflessione fra le discipline* (págs. 148-149). Mimesis.
- Foucault, M. (2013). *La arqueología del saber*. Madrid: Siglo XXXI.
- Frankenberg, G. (2016). *Comparative Law as Critique*. Elgar Studies.

- Garcés, M. (2015). *Filosofía inacabada*. Galaxia Gutenberg.
- Glenn, H. (2006). Comparative Legal Families and Comparative Legal Tradition. En M. R.-R. Zimmermann (Ed.), *The Oxford Handbook Of Comparative Law*, 421-439.
- (2011). Comparative Law: Problems and Prospects. *American University International Law Review*, 26(4), 47-73.
- (2013). *The Cosmopolitan State*. Oxford University Press.
- (2014). *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press
- Gracia Guillén, D. (2020). *En busca de la identidad perdida*. Triacastela.
- Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. MIT Press.
- (1998). Paradigms of Law. En M. R.-A. Arato, *Habermas on law and democracy: critical exchanges*,. University of California Press.
- (2001). *Postnational Constellation*. MIT Press.
- Hall, J. (1997). *Representation: Cultural Representations and Signifying Practices*. SAGE Publications.
- Hegel, G. (1955). *Lecciones sobre la historia de la filosofía*. FCE.
- Huber, V. B.-G. (2015). Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L'esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale. *Rivista Aic*, 1-23.
- Innerarity, D. (2020). *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*. Galaxia Gutenberg.
- Jodoin, S. (2008). International Law and Alterity: The State and the Other. *Leiden Journal of International Law*, 21(1), 1-28.
- Jodoin, S. (2009). Subjecthood and Alterity in International Law. En D. Manderson (Ed.), *Essays on Levinas and Law* (1-31). Palgrave Macmillan.
- Jullien, F. (2014). *Contro la comparazione. Lo scarto e il 'tra'*. Mimesis.
- (2017). *La identidad cultural no existe*. Taurus.
- Kallis, A. (2018). Populism, Sovereignism, and the Unlikely Re-Emergence of the Territorial Nation-State. *Fudan J. Hum. Soc. Sci.* (11), 285-302.
- Koskenniemi, M. (2001). *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Vol. Editorial Ciudad Argentina). (E. d. 1870-1960, Ed.) Cambridge University Press.
- (2005). *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (2nd ed ed.). Cambridge University Press.
- Krieger, J. H. (2019). Populist Governments and International Law. *Europ. Journ. Intern. Law*, 30(3), 990-1101.
- Lacché, L. (2018). Crossing boundaries. Comparative constitutional history as a space of communication. *Glossae: European Journal of Legal History*(15).
- Lazari, A. (2005). La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: «el esquema de la crisis». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 177-225.
- Lazari, A. (2005). *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*. Giappichelli.
- Lazari, A. (2009). La nueva gramática del constitucionalismo europeo. *Rev. Der. Comun. Eur.*, 501-538.
- (2011). La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España: el diálogo entre jueces tejedores. En B. B. Jerónimo Mailló González-Orús, & J. M. (dir.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Thomson Reuters aranzadi.
- (2012). Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2008-2011. En C. M. Javier Díez-Hochleitner Rodríguez.
- Lecourt, R. (1991). En *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* (págs. 349-361). Dalloz.
- Legrand, P. (1997). The Impossibility of 'Legal Transplant'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(2), 111-124.

- Lenaerts, K. (2019). New Horizons for the Rule of Law Within the EU. *German Law Journal*, 20-36.
- Liñán Nogueras, D. –Martín Rodríguez, P. (Eds.)(2018). *El Estado de Derecho y la Unión Europea*. Tecnos.
- Lorimer, J. (1883,). *The Institutes of the Law of the Nations. A Treatise of the Jural Relations od Separate Political Communities* (vol. I, ed.). Blackwood.
- Lustig, D. y Weiler, J.H.H. (2018). Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective. *Intern. Journ. Const. Law*(16,), 315–372.
- Maalouf, A. (2012). *Identidades asesinas*. Madrid: Alianza.
- (2019). *El Naufragio de las civilizaciones*. Madrid: Alianza.
- (2020). *Nuestros inesperados hermanos*. Madrid: Alianza editorial.
- Magris, C. (1979). Dietro quest'infinito. *Nuova corrente*, 79/80, 259.
- Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709 (Sentencia del Tribunal de Justicia).
- Martín Rodríguez, P. (2008). *Los paradigmas del Derecho internacional: Ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho internacional*. Universidad de Granada.
- Martín y Pérez De Nanclares, J. (2019). La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 121-159.
- Martinico, G. (2020/3). Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE. *DPCE online*.
- Millet, F. (2021). Successfully Articulating National Constitutional Identity Claims: Strait Is the Gate and Narrow Is the Wa. *European Public Law*, 3(27), 571–596.
- Monateri, P. (2020). Il diritto comparato tra disciplina critica, scienza normale e ingegneria politica. En *Comparare. Una riflessione tra le discipline*. Mimesis.
- (2000). Conjectures on World Literature. *New Left Review*, n. 1, p. 54 e ss., pp. 66-68.
- Nietzsche, F. (2014). *Humano, demasiado humano*,. Madrid: Mestas.
- Oliete-Aldea, E. (2015). The Porosity of Identity Boundaries. En *Hybrid Heritage on Screen*. Palgrave Macmillan.
- Patrignani, E. (2016). Alterity according to Emmanuel Levinas and Comparison of Laws. *Philosophy* , 446.
- Pirandello, L. (1987). *Uno, nessuno e centomila*. Mondadori.
- Pizzorusso, A. (2002). *Il patrimonio costituzionale europeo*. Il Mulino,.
- Poiares Maduro, M. (2003). Contrapunctual Law: Europe's constitutional pluralism in action. En N. Walker, *Sovereignty in transition. Essays in European Law* (pág. 501). Oxford, Hart Publishing.
- Polimeni, S. (2017). L'identità costituzionale come controlimite. *Ianus*, 50-76.
- Rajagopal, B. (2003). *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*. Cambridge University Press.
- Remiro Brotons, A. (1996). *Civilizaciones, barbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*. Mcgraw-Hill /Interamericana.
- Remotti, F. (2019). *Somiglianze. Una nuova via per la convivenza*. Laterza.
- Resta, G. (2020). L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline. En *Comparare. Una riflessione tra le discipline* (págs. 5-38). Mimesis.
- Ricouer, P. (1992). *Oneself as Another*. University of Chicago Press,.
- Ruggieri, A. (2003). Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*(7), 373-339.
- Said, E. (2003). *Orientalism*. London: Penguin Books.
- Saleilles, R. (1900). Conception et objet de la science du droit comparé. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 383 ss.

- Sarmiento, D. (2018). Adults in the (Deliberation) Room. *Cuadernos Constitucionales*, 220-243.
- (2021). El Tribunal Constitucional Español y el diálogo judicial europeo. *REDE*, 9-34.
- Schütze, R. (2009). *From Dual to Cooperative Federalism, The Changing Structure of European Law*. Oxford University Press.
- Schwarzenberger, G. (1955). The Standard of Civilization in International Law. *Current Legal Problems*, 220.
- Sen, A. (2007). *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Katz.
- Serena Rossi, L. (2020). Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali. *Federalismi*(19), iii-xxvi.
- Śledzińska, A.-S. J.-Z. (2019). Constitutional Identity in Poland. Is the Emperor Putting On the Old Clothes of Sovereignty? En C. C. (Eds.), *Constitutional Identity in a Europe of multilevel constitutionalism* (págs. 243-267). Cambridge University Press, Cambridge.
- Śledzińska-Simon, A. (2015). Constitutional Identity in 3D: A Model of Individual, Relational, and Collective Self and Its Application in Poland. *Int'l J. Const. L.*, 124-155.
- Taylor, C. (1989). *Sources Of The Self: The Making Of The Modern Identity*. Harvard University Press.
- Torres Pérez, A. (2009). *Conflicts of Rights in the European Union A Theory of Supranational Adjudicatio*. Oxford University Press.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J. (2020). Tutela judicial efectiva y Estado de derecho en la UE y su incidencia en la administración de justicia de los Estados miembros. *Teoría y Realidad Constitucional*, 309-341.
- Walker, T. (1895). *A Manual of Public International Law* (last ed. 2008 ed.). Kessinger Publishing.
- Weiler, J.H.H. (1999). *The Constitution of Europe. 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*. Harvard University Press.
- Wittgenstein, L. (2017). *Investigaciones Filosóficas, traducción del original alemán Philosophische Untersuchungen*. (i. y. Gálvez, Trad.) Trotta.
- Young, B. (6 de marzo de 2022). *Putin Has a Grimly Absolute Vision of the 'Russian World'*. Obtenido de Foreign Policy: <https://foreignpolicy.com/2022/03/06/russia-putin-civilization/>
- Zagrebel'sky, G. (2009). La identidad europea. *Rev. Der. Comun. Europ.*, 17-22.
- Zouaet, A. K. (2021). Neither Dr. Jekyll, nor Mr Hyde, just a national judge. National court's strategies of resistance to international law. *KFG Working Paper Series*(52).

Jurisprudencia

- Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] (1974) Solange I, 1974, 37 271, 285.
- Corte Costituzionale italiana. (1965) *San Michele*. ECLI:IT:COST:1965:98.
- Corte Costituzionale italiana. (1973). *Frontini*, ECLI:IT:COST:1973:183.
- Dictamen TJUE. (2014). Adhesión de la Unión al CEDH, 2/13. ECLI:EU:C:2014:2454
- Sentencia del Tribunal de Justicia (2018). *Schrems I*, C-498/16. ECLI:EU:C:2018:37.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (2020). *Schrems II*, C-311/18. ECLI:EU:C:2020:559.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) (2014). *Digital Rights*, C293/12 y C594/12. ECLI:EU:C:2014:238.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) (2018). *Slowakische Republik contra Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:234.

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) (2021) *WB*, C748/19 a C754/19. ECLI:EU:C:2021:931.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) (2022). *DM, EN y BN contra Getin Noble Bank S. A.*, C132/20. ECLI:EU:C:2022:235
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) (2022). *X e Y*. C562/21 PPU y C563/21 PPU. ECLI:EU:C:2022:100
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala). (2021) *Comisión c. Polonia*, C791/19. ECLI:EU:C:2021:596.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno). (2018) *Andy Wightman y otros contra Secretary of State for Exiting the European Union*, C-621/18. ECLI:EU:C:2018:999.
- Sentencia del Tribunal de Justicia. (1970). Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, ECLI:EU:C:1970:114.
- Sentencia del Tribunal de Justicia. (1973). *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*, C- 39-72. ECLI:EU:C:1973:13.
- Sentencia del Tribunal de Justicia. (2021). *A.B.*, C824/18. ECLI:EU:C:2021:153.
- Sentencia del Tribunal de Justicia. (Gran Sala) (2014). *Google Spain*, C131/12, ECLI:EU:C:2014:317.
- Sentencia del Tribunal de Justicia. (Gran Sala). (2008) *Kadi II*, C-402/05 P y C-415/05 P. ECLI:EU:C:2008:461.
- Sentencia del Tribunal de Justicia. (Gran Sala). (2022). *M. F.*, C508/19. ECLI:EU:C:2022:201.
- Sentencia Tribunal de Justicia CE (1964). *Flaminio Costa contra ENEL*, 6/64. ECLI:EU:C:1964:66
- Tribunal Constitucional polaco. (2021). K 3/21, Obtenido de <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>
- UK Supreme Court R. (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant), [2017] UKSC.

Legislación

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). «DOUE» C 202 (7 jun. 2016).

Varios

- AGNU, D. d. (19 de septiembre de 2017). (Discurso del Presidente Trump 2017). *UN Doc. A/72/PV.3*.
- AGNU, D. d. (25 de septiembre de 2018). (Discurso del Presidente Trump 2018). *UN Doc. A/73/PV.6*.
- Declaración de la Federación de Rusia y la República Popular China sobre la promoción de Derecho Internacional, f. e. (25 de junio de 2016). Recuperado el 21 de 05 de 2022, de http://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE-02Bw/content/id/2331698.
- Statement by President Trump on the Paris Climate Accord*. (1 de junio de 2017). Obtenido de White House Press Secretary: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/06/01/statementpresident->

