

# EL VALOR CONSTITUCIONAL DE IDENTIDAD

Por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón\*

## 1. COMENZARÉ ACLARANDO LOS TÉRMINOS SOBRE LOS QUE VOY A DISERTAR: VALOR, CONSTITUCIÓN E IDENTIDAD

Valor es un término difícil de definir y prueba de ello es el raudal de docta tinta al que los intentos de tal definición han dado lugar especialmente a partir de la Conferencia de Brentano de 1889 precozmente traducida al castellano<sup>1</sup>. Pero lo cierto es que las más valiosas lucubraciones españolas sobre el tema se han desarrollado en esta Real Academia. Desde el non nato discurso de Ortega con ocasión de su frustrada doble elección como miembro de la misma en 1918, culminado en su *Introducción a una Estimativa* publicada en 1923<sup>2</sup>, hasta el de nuestro compañero Gracia Guillén en 2011<sup>3</sup>, que reelabora la tesis de Ortega mediante una penetrante exégesis de la noología acuñada por Zubiri, pasando por el de García Morente en 1932<sup>4</sup>. Nada me honra más que situarme al término de tan ilustre fila y de los tres autores mencionados concluyo que los valores no son ni meramente subjetivos ni totalmente objetivos sino, en expresión orteguiana, cualidades de las cosas. “Unas cualidades que tienen su propia estimación y dignidad que le conviene no menos a sí mismas que a la apreciación del hombre”<sup>5</sup>.

---

\* Sesión pública del día 24 de octubre de 2018.

<sup>1</sup> *El origen del conocimiento moral*, traducción española de García Morente, Madrid, 1927.

<sup>2</sup> *Ortega: Obras completas*, Madrid (Taurus) 2005, III, pág. 531 ss. y VII pág. 723 ss.

<sup>3</sup> *La cuestión del valor*, Madrid (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), 2011.

<sup>4</sup> Morente, “Ensayo sobre el progreso” *Obras completas*, Barcelona (Antropos), 1996.

<sup>5</sup> Ortega *loc cit* III, p. 542.

En cuanto a la Constitución, dejando de lado acepciones marginales, como constitución ideal, histórica, racional, material, sustancial, formal y otras tantas, son tres las principales acepciones de la Constitución que ha formulado el moderno constitucionalismo: normativismo, decisionismo e integracionismo<sup>6</sup>.

Según la primera, protagonizada por Hans Kelsen y su escuela, la Constitución es una norma, **norma suprema** de la que se deriva lógicamente todo el ordenamiento jurídico y que como, a juicio de la Teoría Pura, es propio de todo derecho, predica un “deber ser”.

De acuerdo con la segunda, cuyo principal formulador y defensor fue Carl Schmitt, la constitución es una **decisión** sobre la forma de la existencia política de la comunidad. Y si plasma en una o varias normas, no es por deducción lógica, sino por la fuerza de esta decisión. Decisionismo y normativismo, en la historia de las ideas jurídicas acérrimos rivales, son en realidad, faz y envés de la misma posición. La decisión produce la norma, la norma existe en virtud de una decisión, porque como dice el mismo Kelsen, tras la hipotética norma fundamental existe la, a su juicio, metajurídica realidad del poder. La decisión opta por un “deber ser”; la norma lo proclama e impone. La constitución es así un instrumento de innovación. Un programa de acción política. Así lo demuestra el constitucionalismo comparado de nuestros días. Baste señalar en el ámbito iberoamericano lo que el ilustre jurista profesor Alberto Dallavía<sup>7</sup>, correspondiente argentino de esta misma Academia, denomina el proyecto económico de la Constitución que va desde la “cláusula de progreso” del gran Alberdi hasta hoy.

Pero la Constitución puede también entenderse, no como un “deber ser”, sino como un “ser”.

La constitución, en efecto, no es solo norma ni solo decisión, sino un **orden concreto** que condiciona las decisiones y da sentido a las normas. Un orden concreto fruto de la concurrencia de valores, de normas y de prácticas, de relaciones y afectos. Un orden concreto en el que participan una pluralidad de sujetos. Lo que Lasalle<sup>8</sup> denominó, en su famosa conferencia berlinesa de 1862, “fragmentos de constitución”, en cuyo equilibrio dinámico consiste la **integración** que Rudolf Smend consideraba esencia de la Constitución y que ha de ser capaz de unir la pluralidad sin destruirla. En ello consiste, decía otro ilustre miembro de esta Real Academia, Javier Conde<sup>9</sup>, la “constitucionalización”

---

<sup>6</sup> *Über des drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkes*, Hamburgo 1934.

<sup>7</sup> “El programa económico de la constitución nacional”, Discurso de ingreso en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. *Anales* LXII, n.º 55, octubre 2017, cf. del mismo *Derecho Constitucional Económico*, 2.ª edición, Buenos Aires (Lexis nexis) 2006, pág. 97 ss., 124 ss.

<sup>8</sup> *Verfassungsvessen* I,2 trad esp W. Roces.

<sup>9</sup> *Escritos y fragmentos políticos*, Madrid (IEP 1974), II, p. 379 ss.

de la cosa pública frente a su “totalización”, como vías alternativas de acceso a la integración política a la altura que nuestro tiempo exige.

Ahora bien, lo concreto es singular y la singularidad, si por una parte integra y por otro lado distingue, exige identificarse.

La identidad, sea hétero o auto, es, para expresarlo con toda brevedad, la manera auténtica y, por auténtica radical, del existencial heideggeriano ser-con-los-otros-en-el-mundo. Es la versión concreta de la intersubjetividad, condición trascendental de toda subjetividad.

En efecto, la identidad, toda identidad, supone una diferencia frente a los otros, pero, además la identidad se da en relación con otros. Como pone de relieve la más autorizada antropología social, sirva por todos el nombre y la obra de nuestro docto colega, el Profesor Lisón, la identidad fue y es siempre colectiva. Si entre los antiguos griegos hay individualidades especialmente fuertes, estas son sin duda alguna, las de los héroes. Pero cuando en la poesía homérica se pregunta a Glauco por su nombre, responde preciándose de pertenecer a una determinada estirpe, y el Edipo de Sófocles anda como anda por no estar seguro de su genealogía. La famosa sentencia de Hegel en la *Fenomenología del Espíritu*, “el yo que es nosotros, el nosotros que es yo” describe un invariante de la humanidad.

Ahora bien ¿Quiénes somos nosotros? Hay identidades sectoriales e identidades globales. Las primeras, como son, por poner algunos ejemplos, las religiosas, étnicas, lingüísticas, de género, de orientación sexual o de minusvalía atienden a un solo factor de identidad hoy en alza merced a la hipervaloración de la “experiencia vivida”<sup>10</sup>. Pero que, por relevante que sea, puede requerir ciertas políticas de reconocimiento, pero no determina toda la vida pública del sujeto. Tal es el caso de las denominadas novísimas minorías o movimientos sociales. Las identidades globales son eminentemente políticas y abarcan y sintetizan los diferentes factores materiales de integración —lengua, cultura, historia, etc.—que provocan la voluntad de vivir junto en que, en la famosa definición de Renan, consiste el cuerpo político, el *body politic* de los anglosajones.

Esa “voluntad de vivir juntos” no es arbitraria y no puede inventarse ni improvisarse. Se quiere vivir juntos porque hay razones para ello. Porque, en expresión de Puchta, referente al espíritu del pueblo, hay comunidad de prácticas y sentimientos, porque hay factores de integración, cuestión sobre la que volveré más adelante. Y esas razones no basta con deseñarlas y proyectarlas; es preciso constatarlas porque proceden del fondo de los siglos, pero no cristalizan en una estructura fija como es propio de los minerales. Evolucionan orgá-

---

<sup>10</sup> Ct. Fukuyama. *Identidad*, trad. esp. Barcelona (Planeta) 2019 p. 124.

nicamente: *eadem sed aliter*. Y como tal son constituyentes, incluso a través de la Revolución como mostrara Tocqueville en su famosa obra *L'ancien régime et la révolution*. Por ello mismo, porque la identidad es constitutiva del sujeto, es indisponible por el propio sujeto.

1. La identidad de la comunidad política trasciende todas las identidades sectoriales. No es perceptiva, como lo es el color de la piel o la comunidad cultural, atienda o no a una fe común. No responde a ninguna sensibilidad física. No es perceptiva, sino metaempírica aunque no de orden matemático, esto es abstracto y homogéneo, como sería el caso de la "ciudadanía mundial", establecida *ratione imperii*, sino simbólico, entendiendo por símbolo la aprehensión afectiva de un objeto, ya real ya ideal que, dando sentido a una situación límite, permite el acceso a otro plano de la realidad. Como al decir de Aristóteles el vivir político en la Ciudad regida por leyes trasciende las relaciones conyugales, paterno filiales y dominicales, esto es domésticas y aun vecinales (*Política I*, 2.5.3b, 2.5.5b).

Esa identidad tiene de correlato una homogeneidad de base que señaló Heller es indispensable a la vida democrática. Javier Conde dirá que es el orden por comunión que posibilita un orden por concurrencia que no desgaja la sociedad. Por eso, según demuestra la experiencia, la democracia que, para ser real no solo supone participación inclusiva sino equitativa distribución de bienes económicos y culturales, funciona únicamente en el marco de los estados nacionales.

2. La identidad del cuerpo político es tan vieja como el mundo. Pero la decantación filosófica del concepto es obra de las Luces. Las Luces de la Ilustración que, a base de iluminar la realidad, descubren la historicidad. Lo que en obra famosa, Meinecke tituló *Génesis del Historicismo*<sup>11</sup>.

Ernest Cassirer en su bella obra *Filosofía de la Ilustración*<sup>12</sup> diseña un sugestivo esquema tripartito de tan capital proceso de decantación intelectual. Primero, la inmanencia de todo conocimiento en paralelo a lo que, desde Galileo, rige en las Ciencias naturales. Así lo pone de manifiesto la historia filosófica cultivada en el siglo XVIII por ilustrados como Voltaire, que llega al apogeo en el *Dictionnaire historique et critique* de Bayle. Esto es, el aprecio de cada hecho singular, contemplado y estimado como tal singularidad.

Segundo, fue Leibniz, a juicio de Cassirer, quien, al contemplar la unidad singular, la mónada, como energía y articularla en el binomio sustancia fecunda y cambio sin ruptura, introduce la idea de continuidad de lo idéntico y sienta las bases filosóficas que aprovechara Herder.

---

<sup>11</sup> *El historicismo y su génesis*, trad esp México (FCE) 1936.

<sup>12</sup> Trad esp México (FCE) 1972, pág 224 ss.

Tercero, el mismo Cassirer sostiene que la idea de religión natural propia de la Ilustración clama por un contenido concreto, esto es histórico, que, como demuestra el caso paradigmático de Lessing, se vincula al pietismo por un lado y a la religiosidad popular por otro. Esto es, a la afectividad.

Y es la identidad del cuerpo político, llámese o no nacional, porque “la rosa cualquier que fuera su nombre tiene siempre el mismo aroma”, cristalice o no en un Estado o en la pretensión de serlo, sacada a luz por la Escuela Histórica, así caracterizada por lo individual, temporal y afectivo, la que, como mostraré a continuación, el constitucionalismo contemporáneo estima valiosa.

Otro ilustre miembro de esta Corporación, ya desaparecido pero nunca olvidado, mi admirado Pablo Lucas Verdú, escribió en 1984 un ensayo titulado *Estimativa y política constitucionales*<sup>13</sup> donde, en la senda orteguiana, señala que los valores no son creados por la constitución sino que la constitución los reconoce y estima. Tal es el caso de la identidad objeto de mi disertación, siempre ya ahí, pero que la doctrina constitucionalista más reciente y autorizada no ha creado, pero sí ha destacado hasta el punto de hacerla condición de la eficacia de los derechos fundamentales, del gobierno democrático y de la vigencia del ordenamiento jurídico. Es, incluso, para muchos, en función de la identidad como ha de entenderse la soberanía<sup>14</sup>. Por ello, la identidad de ese orden concreto, que para identificar de verdad ha de ser singularizadora, es algo que la Constitución debe expresar.

¿Y por qué la actualidad del valor de identidad?<sup>15</sup> Porque, como en su discurso de ingreso en esta Real Academia pusiera de relieve el Prof. González Seara<sup>16</sup>, la alternativa a las hoy puestas en tela de juicio identidades singulares más concretas, es la todavía más ambigua globalización y sus pródromos supranacionales. Y eso no lo dice Seara sino yo, los hombres, todos y siempre, prefieren la singularidad de lo concreto a la ambigüedad de lo porvenir. El gran pedagogo de la España moderna, Ortega, lo decía rotundamente: “El individuo no ha existido nunca, es una abstracción. La humanidad no existe todavía: es un ideal. En tanto que vamos y venimos la única realidad es nuestra nación”.

---

<sup>13</sup> Lucás Verdú, *Estimativa y política constitucionales*, Madrid, Universidad Complutense, 1984. Sobre la preexistencia y progresivo descubrimiento académico de las identidades, cf las referencias de P. Bon en “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 100 (2014), p. 167 ss.

<sup>14</sup> Ver por ejemplo las contribuciones a *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* vol. 62

<sup>15</sup> Buena muestra de la actualidad de la cuestión es Gallies y Vander Schyff (eds). *Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism* Cambridge University Press de inminente aparición con una importante contribución española del profesor Martín Pérez Nanclares.

<sup>16</sup> *De la identidad nacional a la globalización insegura*, Madrid, (Real Academia Ciencias Morales y Políticas), 2008. Cf Ortega, *Obras Completas* I, p. 87.

En su reciente discurso del mes de agosto ante los embajadores de Francia, el Presidente de la República, convencido y activo europeísta, lo ha dicho de forma contundente: “la identidad profunda de los pueblos ha regresado y eso está bien”. En efecto, la más racional expresión de una deseable civilización cosmopolita, la hecha por Kant, se pretende construir a través de la “insociable sociabilidad” inherente a la diversidad de identidades con la finalidad no de suprimirlas en aras de una borreguil homogeneidad, (la expresión es del mismo Kant), sino de conservarlas, de manera que la más pequeña y débil de ellas no tenga nada que temer<sup>17</sup>.

3. Pasemos ahora del plano de las ideas al de los textos constitucionales y a su práctica jurisprudencial y construcción doctrinal. La valoración constitucional de la identidad se inicia con tantas otras categorías dogmáticas, en la Alemania de Weimar sometida a las presiones del internacionalismo tanto burgués como proletario, y se desarrolla en tres pasos sucesivos<sup>18</sup>.

Primero, por obra de dos autores señeros: Bilfinger, cuyos errores políticos le sepultaron en el olvido y Schmitt, merced a las ideas de coherencia del orden constitucional y de constitución positiva. Esto es, de una opción existencial que no pueden alterar sin destruirla, las que denomina leyes de la constitución. Tal es la idea que, quince años más tarde, cristaliza en la denominada “cláusula de eternidad” del artículo 79 GG que establece límites absolutos —derechos fundamentales y organización federal— a la reforma de la propia constitución. Cláusula que la más autorizada doctrina consideró identificadora de la Constitución como una salvaguarda frente a una ocasional mayoría suficiente para reformar la Ley Fundamental y “pervertir”, según dijera von Hippel, el orden jurídico como había hecho la Ley de autorización de plenos poderes al Führer en 1933. No deja de ser paradójico que quien erosionó doctrinalmente la democracia de Weimar y proclamó al Führer “protector de la justicia”, tras la criminal “noche de los cuchillos largos”, Carl Schmitt, “vencido, pero no convencido” según se autodefinía tras el correspondiente proceso de desnazificación, inspirara las máximas garantías de la democracia de Bonn. La tesis doctoral que en 1982 presentara Brun-Otto Bryde<sup>19</sup>, en su día magistrado del Tribunal Constitucional Federal, es la primera y más elocuente muestra de esta con razón llamada recepción canónica de Schmitt por el constitucionalismo democrático. Una vez más, la malevolencia del talento no empece su genialidad.

---

<sup>17</sup> *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita* (1784), trad esp Eugenio Imaz, México (FCE), 1941, principios Cuarto y Séptimo. Así lo reconoce el propio Schmitt en su texto *El concepto de lo político*.

<sup>18</sup> Cf. Polzin “Constitutional Identity: The Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law” *International Journal of Constitutional Law*, 14,2, abril 2016, p. 415 ss.

<sup>19</sup> *Ibidem* p. 416, nota.

Entre tanto, un segundo paso lo dio el Tribunal Constitucional Federal alemán cuando, por sentencia de 29 de mayo de 1974 (*Solange I*), muy influyente en los Estados del este de Europa<sup>20</sup> interpretó la “cláusula de eternidad” del art. 79 GG como límite a la transferencia de competencias a una instancia supranacional, concretamente a las instituciones europeas. El fenómeno tuvo su paralelo en Francia, ya desde 1973, pero especialmente a partir de lo que el Consejo Constitucional denomina “principios inherentes a la identidad constitucional de Francia” que incluye los valores declarados en los preámbulos constitucionales de 1946 y 1958 (n.º 2006-540 DC de 27 de Julio) y después en otros Estados miembros de la actual Unión como muestra el reciente estudio comparado de Derosier<sup>21</sup> sobre la situación en Francia, Italia y Alemania. La identidad constitucional es así una garantía no frente a la destrucción de la Constitución, sino frente a la mutación radical del Estado por vaciamiento competencial y desde entonces hasta ahora se ha planteado en relación con la supremacía del derecho europeo sobre el nacional. Baste para ilustrarlo el reciente libro de Dellvechio<sup>22</sup>.

El Prof. Rodríguez Iglesias y yo mismo señalamos<sup>23</sup>, a fines de los 90, frente a las ambigüedades del Tribunal Constitucional español en su Decisión 1/2004 tan distante de la anterior 1/1992, que las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros, aceptaban la supremacía del derecho europeo sobre las normas estatales infraconstitucionales, pero la rechazan sobre las propias constituciones. Negaban así lo que el Tribunal de Justicia de la Unión afirmara desde los casos *Handelsgesellschaft* de 1970 y *Politis* de 1971. La tendencia ha continuado hasta ahora. Baste pensar en el caso de Dinamarca a la luz de la Sentencia Ajos de 2017.

La entonces Comunidad Europea hubo de reaccionar ante semejante deriva desde la década de 1970 y tras ocuparse, sin especial éxito, de la deseada identidad europea, el Tratado de Maastricht de 1992 introdujo la garantía de la “identidad nacional de los Estados miembros” (artículo F, hoy al artículo 4.2 del TUE reformado) extremo reiterado en el Tratado de Amsterdam (artículo 6.3 del TUE) que enfatizó el frustrado Tratado Constitucional del 2004 (art. 1,5) a partir de la fórmula Chritophersen —así llamada por el nombre de su proponente en la Convención Constitucional de Roma. El Tratado de Lisboa del 2006 acentuó la expresión del citado artículo 1,5 en los siguientes términos: “La Unión respetará

---

<sup>20</sup> Cf. Laulhe Shalou, “Nous les peuples: l’identité constitutionnelle dans les jurisprudences constitutionnelles tchèque, lettone et polonaise” Burgorgue-Larsen (eds) *L’identité constitutionnelle saisie pour les juges en Europe* Paris (Pedone) 2011 y *Central European Constitutional Courts in Faces of EU Membership* Leiden-Boston, (Nijhoff) 2013.

<sup>21</sup> *Les limites constitutionnelles à la integration européenne*, Paris (LGDJ) 2015

<sup>22</sup> *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades nacionales*, Madrid, (BOE) 2015.

<sup>23</sup> Rodríguez Iglesias, “Tribunales constitucionales y derecho comunitario” *Hacia un nuevo derecho internacional y europeo. Homenaje al profesor Díez de Velasco*, Madrid 1993, p. 1175 ss. y mi ensayo “Desde el ‘mientras que’ al ‘sí salvo’” (La jurisprudencia constitucional ante el proceso europeo)”, *Revista Española de Derecho Internacional* LVII, 205, I, p. 89 ss., y nota 19.

la... identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro” (art. 3.2).

Un tercer paso se da en la jurisprudencia constitucional comparada cuando se trata de esclarecer qué ha de entenderse por “estructuras constitucionales básicas” como núcleo fundamental de la Constitución. Un concepto surgido en la jurisprudencia norteamericana, depurado, reelaborado y difundido en sentido identitario después en el sudeste asiático a partir de la jurisprudencia de la Unión India, la más grande democracia del planeta, servida por excelentes iuspublicistas<sup>24</sup>.

El tema requiere un breve excursus doctrinal, antes de coronarlo con una crónica jurisprudencial. En efecto, la identidad constitucional puede concebirse de dos maneras que cabe vincular a dos categorías reiteradamente popularizadas por Habermas en su profusa obra y que expresan dos diferentes y opuestas concepciones de la fundamentación de la cosa pública: el *demos* y el *ethnos*.

De acuerdo con la primera, el *demos*, la identidad constitucional, consiste en una serie de valores éticos y de las instituciones de democracia procedimental que se corresponden con ellos. La conquista civilizadora en general de una conducta conforme al derecho y procedimientos eficientes para la producción y control de la voluntad del poder público, fruto de un pacto tácito *more rousseauiano*. Se trata de las instituciones del Estado de derecho democrático y de los derechos y libertades fundamentales, tal como se acuñaron en 1789 y han sido desarrollados en los más importantes textos constitucionales e internacionales. Son las “prácticas constitucionales comunes a los Estados europeos” a que se refieren los textos del derecho de la Unión que, precisamente por ser comunes y cada vez más compartidas a lo largo de todo el Planeta, al menos en el nivel de la retórica propio de las constituciones que Löwenstein califica de “nominales”, pierden su capacidad identificatoria. Se trata de un orden puramente normativo, un “deber ser” determinado por valores universales o, al menos, con pretensiones de universalización que, por ello mismo, no es un orden concreto singular e identificador.

El derecho comparado ofrece pruebas evidentes de ello. Por ejemplo, las partes dogmáticas, esto es las declaraciones de derechos de muchas constituciones subsaharianas, siguen el modelo del texto nigeriano de 1960. Fruto, a

---

<sup>24</sup> Cf. Krishnaswamy, *Democracy in India, a Study of Basic Structure Doctrine* Nueva Delhi (Oxford University Press) 2008. Sobre la recepción de esta categoría cf Jacobsohn y Shankar “Constitutional Borrowing in South Asia: India, Sri Lanka and Secular Constitutional Identity” en Khalnani, Kaghavan y Thiruvengadan *Comparative Constitutionalism in Asia*, Delhi, (Oxford University Press), 2016, p. 180 ss.

su vez, de la recepción del Convenio Europeo de Derechos del hombre de 1950 y de la influencia del texto indio del mismo año<sup>25</sup>. Lo que es común puede ser muy valioso y sin duda lo es, pero carece de fuerza identificadora. En pagos más próximos, es sin duda importante que nuestra Constitución consagre en su artículo 1.1 los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, pero esos valores, un tanto ideales en el sentido neokantiano del término, piénsese en Stamler y su metáfora de la Estrella Polar, están constitucionalizados, expresa o tácitamente, por la práctica de la mayor parte de los países europeos sin que España, Alemania y Noruega dejen de ser distintos y diferentes entre sí. No son esos valores, por importantes que sin duda resulten, los que constitucionalmente identifican a España. Por eso me parece un cascarón vacío el concepto de “patriotismo constitucional” acuñado en 1973 por el politólogo Dolf Sternberger y después popularizado por Habermas<sup>26</sup>.

El famoso “Españoles ya tenéis patria” con que el entusiasta doceañista saludara el nacimiento de “la Pepa” no pasa de ser una alegre necesidad. No fue la Constitución de 1812 la creadora de la patria de los españoles. Fue la patria secular de los españoles la que hizo posible que se dieran una Constitución. Y el equívoco estuvo en trance de repetirse en 1978. Los franceses, punto de lanza del moderno constitucionalismo europeo, nunca confundieron lo que Braudel llamó *L'Identité de la France* (París, 1986) con ninguna de sus veintitantas constituciones vigentes desde 1789 a la fecha. La inestable España va solamente por la decimoctava.

En el *demos*, por lo tanto, se trata de un orden puramente normativo, un “deber ser”, determinado por valores universales o, al menos, con aspiración de universalidad, que, por ello, no es un orden concreto integrador e identificador. Es decir un “ser”.

De acuerdo con la segunda, el *ethnos*, la identidad se refiere a la realidad prepolítica de un cuerpo social determinado, de su historia, su composición y estructura, sus sentimientos y sus símbolos. Es decir un “ser”. Esta realidad prepolítica, el *ethnos*, que no depende de una decisión constituyente ideal, como el *demos*, sino que hace posible tal decisión, es lo que la Constitución, como orden verdaderamente concreto, tiene que reflejar y que da sentido a sus declaraciones dogmáticas y estabilidad a las instituciones reguladas en su parte orgánica.

---

<sup>25</sup> Cf Mi libro *Nacionalismo y constitucionalismo* Madrid, Technos, 1971, p. 98

<sup>26</sup> A partir de Lepsius *en Interessen und institutionen*, Opladen, 1990, p. 247 ss., Sternberger “Verfassung patriotismus” *Schriften*, Francfort, 1990 y Habermas *Identidades nacionales y postnacionales*, trad. española, Madrid Technos, 1989, p. 94 y 112, véase mi crítica ante este concepto en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* LIV (2001-2002), n.º 79, p. 251 ss.

La profesora napolitana Barbara Guastafarro, entre otros<sup>27</sup>, ha estudiado la gestación del texto del citado Tratado de Lisboa y la interpretación jurisprudencial de dicha fórmula en las instituciones estatales y en el Tribunal de Justicia de la Unión. Este Tribunal frente a su anterior doctrina y siguiendo pautas del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, ha reconocido el creciente margen estatal de apreciación de lo que supone en cada caso la identidad nacional. Una identidad que según la sentencia del mismo Tribunal en el caso Sayn-Wittgenstein del 2010 se entiende determinada por la propia tradición histórica, no solamente jurídica sino cultural, de cada Estado. La emergencia de cuyo protagonismo en la Unión ha señalado voz tan autorizada en estas lides como la de nuestra compañera la profesora Mangas<sup>28</sup>.

Ha sido el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 30 de junio de 2009, (caso Lisboa) el que ha ido más lejos a la hora de concretar el contenido material de lo que ha de entenderse por identidad nacional recogiendo las fórmulas propuestas por los delegados alemanes en la Convención del 2004 y allí entonces rechazadas a instancias de la representación de la Comisión Europea.

En efecto, la identidad del Estado, su estatalidad, se concreta en funciones esenciales, infranqueables por parte de la Unión, “esencialmente las que tienen por objeto garantizar la integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la identidad nacional” (artículo 4.2. TUE). La jurisprudencia constitucional alemana, checa y polaca, por citar solo tres casos relevantes, han coincidido en señalar que la estatalidad supone “un ámbito suficiente para la ordenación política de las condiciones de vida, económicas, culturales y sociales... entre otros la ciudadanía estatal, el monopolio de la fuerza civil y militar, los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento, así como los supuestos de vulneración que son relevantes para la realización de los derechos fundamentales, en especial en caso de injerencias de gran intensidad tales como la privación de libertad en el ámbito del derecho penal o las medidas de internamiento. Entre dichos ámbitos materiales se encuentran también las cuestiones culturales como las decisiones sobre la lengua, la configuración de las relaciones familiares y educativas, la ordenación de la libertad de opinión, prensa y reunión o el tratamiento de las creencias religiosas o de las posiciones ideológicas” (*Lisboa, párrafo 149*), lo mismo se transluce en las Sentencias de 6 de julio de 2010, 14 de enero y 30 de marzo de 2014, de manera que tales materias constituirían otros tantos contralímites ante la Unión.

---

<sup>27</sup> Cf Guastafarro, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause” *Yearbook of European Law*, Vol, 31, n.º 1 (2012), pp. 263-318

<sup>28</sup> “Configuración del Estatuto Internacional del Estado en la Unión Europea: el respeto a la identidad nacional, Santiago Torres Bernárdez (ed), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*. Madrid, 2013. p. 449 y 456.

En consecuencia, la identidad no se reduce a las estructuras constitucionales, como dice el texto citado con ser estas estructuras importantes e incluso, como ha quedado dicho, esenciales, sino que incluye, según apunta la jurisprudencia comparada, lo que hay detrás de la Constitución, un pueblo soberano con voluntad de ser y permanecer como tal (TC alemán desde la Sentencia Maastricht de 12 de octubre de 1993 a la S. Lisboa de 30 de junio de 2009, doctrina reiterada por los TT. CC polaco en el 2005 y checo en el 2007, respectivamente), con su historia, cultura y tradiciones (STC polaco 32/09, pr. 2.1). Esto es un orden concreto determinado por una pluralidad de factores prepolíticos: el *ethnos*. No me atrevería a decir otro tanto ni de la jurisprudencia ni de la doctrina italiana, pese a haber sido pionera en la conceptualización del contralímite, (asuntos *Frotini* de 1973 y *Granital* de 1984) ni por supuesto, de la española.

Así entendida, la cláusula de identidad ha mostrado lo que Barbara Guastaferrero llamo su “genio expansivo”, no solo como límite a eventuales transferencias competenciales, sino a la propia primacía del derecho de la Unión sobre las normas de las constituciones estatales. La cláusula de identidad ha pasado de ser un instrumento de aplicación excepcional a suponer un canon preceptivo para el juez e incluso para el legislador.

¿Cómo se concreta constitucionalmente la identidad? A primera vista, la autoafirmación del constituyente en los preámbulos constitucionales o la identificación del Estado a la cabeza del texto articulado (v.gr. en España, art. 1 CE) son suficientemente identificadores.

Pero una categoría dogmática como es la de poder constituyente, no basta para identificar el cuerpo político. No es suficiente poner énfasis en la palabra España, como si de un conjuro se tratara. Es preciso saber qué es lo que integra el cuerpo político.

Pero, puesto que la integración del cuerpo político es correlato de su identidad, es útil traer a colación lo que Rudolf Smend llamaba factores de integración, simbólicos, funcionales y materiales<sup>29</sup>.

En ocasiones anteriores, he expuesto en esta Real Academia mis tesis sobre los símbolos institucionales, por ejemplo la Jefatura del Estado<sup>30</sup>, y alguno material tan relevante en el constitucionalismo contemporáneo como la identi-

---

<sup>29</sup> Smend, *Constitución y derecho constitucional* trad esp Madrid (CEPyC) 1985, pese a que hay prestigiosos autores que los consideran caducos (Bogdandy, *Revista española derecho constitucional*, n.º 72, pág 26, nota) creo tienen mayor eco en la conciencia ciudadana que la refracción hegeliana del legado helénico o la similitud de la bandera de la Unión con las 12 estrellas del Apocalipsis, 2,12. sic (ibíd p. 32 ss.)

<sup>30</sup> “Las funciones interconstitucionales del Jefe de Estado parlamentario”, *Anales Real Academia Ciencias Morales y Políticas*, núm 94, curso 2016/2017

dad religiosa<sup>31</sup> y a tales textos me remito. Otra ocasión habrá de examinar los factores de integración funcional desde los sistemas electorales inclusivos a las políticas de reconocimiento de las identidades plurales coincidentes en el seno de lo que el Presidente y con sobrada razón Presidente de Honor de esta Academia, Luis Díaz del Corral<sup>32</sup>, llamaba “supernaciones”. Por ello me limitaré ahora a llamar la atención de tan distinguida audiencia sobre un factor material de integración, el territorio al que, por las razones a continuación expuestas, doy especial importancia.

En cualquier teoría del Estado, el territorio es un elemento fundamental del mismo<sup>33</sup>. Sea como objeto de un derecho real en la arcaica doctrina dominical, sea, superadas por la fuerza normativa de los hechos, las diferentes versiones de la teoría de la competencia, como un factor esencial del proceso vital de integración en que el Estado constitucional consiste. En mi contribución al homenaje académico que se tributó a García Pelayo<sup>34</sup>, el académico electo que debió ser titular de la medalla que yo ahora ostento, insistí largamente en esta interpretación y a ello ahora me remito.

Frente a la no territorialidad que según el ilustre Alvaro d’Ors caracterizaba al Imperio Romano y que es propia de grandes formaciones políticas de la Antigüedad, el Estado moderno, producto del Medioevo europeo, es esencialmente territorial. Luis Díez del Corral<sup>35</sup>, lo ilustró con la agudeza que le era propia, glosando la Europa campesina. Por ello, la aproximación realista a la teoría del Estado afirma sin ambages por boca de Hans Morgenthau que la primera de sus funciones es garantizar la propia integridad territorial, expresión que hemos visto reiterada en el Tratado de Lisboa y en la jurisprudencia constitucional comparada. Integridad que se predica solo del territorio calificable de nacional, heterogéneo de cualquier otro espacio, incluso del no nacional pero sometido a la plena competencia estatal como era y es el caso del territorio colonial<sup>36</sup>.

La mayoría de las Constituciones vigentes no describen el territorio pero lo blindan, ya sea afirmando su indivisibilidad, ya sometiendo su cesión a especiales condiciones de rigidez constitucional.

---

<sup>31</sup> “El relieve constitucional de la identidad religiosa” <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A95/A95-26.pdf>

<sup>32</sup> *El rapto de Europa* (1954) *Obras completas* (CEPC) 1998 I, p. 825 ss.

<sup>33</sup> Cf Vergotini, “La persistente soberanía” *Teoría y realidad constitucional*, n.º 36, 2015, p. 67 ss. y las referencias allí citadas.

<sup>34</sup> “El territorio nacional como espacio mítico. Contribución a la Teoría del Símbolo Político”, *Libro homenaje a García Pelayo* Caracas, (Universidad Central de Venezuela), 1979, p. 629 ss.

<sup>35</sup> *Op. cit* p. 749

<sup>36</sup> Mi estudio “La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado español”. *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Jubilar del Consejo de Estado*, Madrid, 1972, p. 355-427.

Ahora bien, si el territorio calificable de “nacional” es indudablemente un factor de identificación del cuerpo político, es su población, articulada en una comunidad de paz y derecho, la que califica como propio e infungible al territorio. Así lo mostró históricamente Brunner en su obra *Land und Herrschaft*<sup>37</sup> y lo categorizó para la ciencia política Carl Schmitt en el famoso *Der Nomos der Erde*<sup>38</sup>, y su teoría de la “ocupación”. El cuerpo político de base territorial, como es el caso de la nación, se identifica con su territorio, lo transforma de “espacio” en “lugar” al nacionalizarlo, y, por ello, lo blindo o lo reclama por irredento.

El *nomos* de la tierra, plantea hoy problemas que solo en parte el propio Schmitt<sup>39</sup> pudo prever y que deben traerse a colación ante esta Real Academia. Ya Schmitt señaló que el desbordamiento del territorio estatal por incremento demográfico y un exceso de producción de bienes y servicios o la desmaterialización de la riqueza amenazaba su identidad. Lo que los ecólogos contemporáneos denominan desacoplamiento socioecológico. A ello hoy podemos, especialmente los españoles, añadir que su desertización también la amenaza si además es objeto de una nueva ocupación, un nuevo *Nomos*.

Ello debiera forzarnos a meditar sobre la defensa de este esencial factor de identidad nacional. De nada sirve aferrarse a su indivisibilidad, como hace años lo hacía otro miembro de esta Casa, al “fetichismo de los kilómetros cuadrados”<sup>40</sup>, si lo desnacionalizamos económica y demográficamente. Y su defensa no puede reducirse a un burdo e incluso en ocasiones cruel blindaje de fronteras, sino que requiere un complejo haz de políticas públicas a juicio del vulgo “políticamente incorrectas” que comprende, a más de políticas positivas de contención de los flujos migratorios en su origen, desde el fomento de la natalidad, una política migratoria selectiva y una ordenación del territorio atenta a lo que el gran arquitecto y urbanista Norberg Schulz<sup>41</sup> denominó “genius loci”: un valor “más allá de la oferta y la demanda”.

De lo expuesto se deduce que la identidad del cuerpo político es un valor constitucional en alza. Así lo he intentado mostrar en esta ya larga intervención cuyo único mérito es desarrollarse al hilo de lo dicho por otros académicos de ayer y de hoy. La identidad pertenece al reino de lo simbólico y, como del símbolo decía Kant, la identidad pretende dar que ser y, por ello, da que pensar; y más aún, para cuidarla, como bien muypreciado, da mucho, pero mucho que hacer.

---

<sup>37</sup> Quinta edición Viena 1965.

<sup>38</sup> Sobre la edición de 1950 la traducción española de Schilling, Madrid 2002.

<sup>39</sup> “Apropiación, partición, apacentamiento”, traducción española de Truyol en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, 1955.

<sup>40</sup> Cordero Torres, *Tratado elemental de derecho colonial*, Madrid, 1943 p. 7.

<sup>41</sup> Norberg-Schulz *Genius loci Aproximación a una fenomenología de la arquitectura*, Rizzoli Milán International Publication 1980.

