

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

IDENTIDAD NACIONAL Y SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UNA DUDOSA ANALOGÍA

Pablo CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS

Investigador predoctoral en la Universidad de Sevilla / Universidad de
Bologna

Resumen

La identidad nacional es una categoría jurídica central del Derecho de la Unión Europea que está siendo invocada cada vez con mayor frecuencia entre la doctrina, así como entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estas circunstancias, está surgiendo una, aún incipiente e inmadura, literatura académica que, con base en una serie de recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, está interpretando si existe en el marco del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos una figura análoga. Este artículo tiene por objeto analizar en clave comparada la posible emergencia de dicha figura en ese nuevo contexto jurídico.

Palabras clave: *identidad nacional; Convenio Europeo de Derechos Humanos; derechos fundamentales; margen de apreciación nacional.*

National identity and the European Convention on Human Rights system: a dubious analogy

Abstract

National identity is an essential legal category in European Union law which has increasingly been invoked by scholars as well as constitutional courts and the Court of Justice of the European Union. In this connection, it is emerging a, still incipient and immature, legal literature which, on the basis of a series of recent judgments coming from the European Court of Human Rights, is interpreting whether there is an analogous figure in the framework of the European Convention of Human Rights system. This article aims to analyse, in a comparative key, the possible advent of the above-mentioned figure in this new legal context.

Palabras clave: *national identity; European Convention on Human Rights; fundamental rights; margin of appreciation.*

Pablo CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS

SUMARIO: I. BREVES CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS Y CAUTELAS PRELIMINARES. II. IDENTIDAD NACIONAL Y CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2.1. Ausencia de reconocimiento expreso de la identidad nacional en el Convenio Europeo. 2.2. Protección indirecta de la identidad nacional en el Convenio Europeo: excepciones nacionales generales y particulares. III. IDENTIDAD NACIONAL Y MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: ¿UNA SALVAGUARDA CONVENCIONAL A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS? IV. ANÁLISIS DE UNA ESCASA E INCONCLUYENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 4.1. A, B, C c. Irlanda. 4.2. Lautsi c. Italia. 4.3. S.A.S. c. Francia. 4.4. Sejdić y Finci c. Bosnia y Herzegovina. V. CONCLUSIONES.

I. Breves consideraciones introductorias y cautelas preliminares

La identidad nacional es una categoría jurídica central del Derecho de la Unión que ha gozado de un enorme predicamento en los últimos años y, en especial, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre del año 2009¹. En efecto, se puede apreciar un interés renovado hacia la misma que responde fundamentalmente a dos consideraciones: una formulación más elaborada de la disposición en la que se proclama actualmente (artículo 4.2 TUE²) -en claro contraste con la parquedad que caracterizaba la redacción de las versiones anteriores³- y la recién adquirida justiciabilidad de la misma, que ha favorecido un relativo despertar de la jurisprudencia sobre este particular⁴. En estas circunstancias, está surgiendo una, aún incipiente e

¹ En palabras de J.H.H. Weiler, “Movilizarse en nombre de la soberanía pertenece al pasado; movilizarse para proteger la identidad insistiendo en la especificidad constitucional está de moda”. WEILER, J.H.H., “A Constitution for Europe? Some Hard Choices”, *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, vol. 4, Oxford, 2002, p. 569 (traducción propia del texto original en inglés). Sobre esta misma idea inciden otros autores, *vid.*, entre otros, SAIZ ARNÁIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C., “Why Constitutional Identity Suddenly Matters: A Tale of Brave States, a Mighty Union and the Decline of Sovereignty”, en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Amberes, 2013.

² Artículo 4.2 TUE: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, 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”.

³ En su formulación original contemplada en el artículo F.1 del Tratado de Maastricht de 1992 se limitaba a declarar que: “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”.

⁴ El Tratado de Lisboa abre un nuevo panorama en el sistema de protección judicial de la Unión Europea con la eliminación del tradicional sistema de pilares. A partir de entonces, la jurisdicción del Tribunal de Justicia se va a extender, con carácter general, a todo el ámbito de aplicación de los Tratados. *Vid.* BARENTS, R., “The Court of Justice after the Treaty of Lisbon”, *Common Market Law Review*, núm. 47, vol. 3, Dordrecht, 2010, pp. 716-719. Aun siendo mayoritaria la tesis sobre la justiciabilidad de la cláusula de identidad nacional a partir de la última reforma de los Tratados, existe una parte de la doctrina

inmadura, literatura académica que, con base en una serie de recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), está interpretando si existe en el marco del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) una figura análoga. Así las cosas, existen voces que incluso advierten de la construcción paralela de una jurisprudencia equiparable a los conocidos *controlimiti*⁵ por parte del Tribunal de Estrasburgo⁶.

Con carácter preliminar, es preciso poner de relieve un par de prevenciones a fin de no incurrir en imprecisiones técnicas o en indeseables trasplantes jurídicos como resultado de insertar una categoría proveniente de un determinado ordenamiento jurídico en otro distinto sin considerar las especificidades de cada uno de ellos⁷.

Por un lado, existen una serie de rasgos diferenciadores entre ambos sistemas jurídicos que es necesario tomar en consideración antes de iniciar nuestro estudio⁸. El Convenio de Roma se incardina en una organización internacional convencional (Consejo de Europa) y presenta un objeto muy limitado como es el de la salvaguarda y mejor efectividad de los derechos humanos. En pocas palabras, sus fundadores pretendían garantizar el respeto a los derechos humanos mediante el establecimiento de unos niveles mínimos y sin vocación de perseguir una uniformidad del grado de protección. Por todo ello, no debe extrañarnos que, en línea con los restantes regímenes internacionales de derechos humanos, se rija por el principio de subsidiariedad (artículo 35 CEDH). Por su parte, la Unión Europea constituye un ordenamiento jurídico

que sostiene que el Tribunal de Justicia gozaba de jurisdicción sobre dicha materia con anterioridad, *vid.* CLOOTS, E., *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 5-6.

⁵ Se ha atribuido la autoría del término *controlimiti* entre la doctrina italiana a Paolo Barile. En este sentido, *vid.* BARILE, P., "Ancora su diritto comunitario e diritto interno", en AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. VI, Vallecchi, Florencia, 1969, pp. 33-54. Para un análisis en detalle sobre esta teoría, *vid.* BERNARDI, A., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene Editore, Nápoles, 2017.

⁶ MARTINICO, G., "Is the European Convention Going to Be "Supreme"? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts", *European Journal of International Law*, núm 23, vol. 2, Oxford, 2012, pp. 420-422.

⁷ *Vid.* BOBEK, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2013; PSTEIN, L. y KNIGHT, J., "Constitutional borrowing and nonborrowing", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1, vol. 2, Oxford, 2003.

⁸ *Vid.* CRUZ VILLALÓN, P., "Unos derechos, tres tribunales", en CASAS BAHAMONDE, M.E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución europea. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Wolters Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 1009-1013.

propriadamente dicho al que los Estados miembros han transferido el ejercicio de competencias soberanas para la consecución de objetivos en numerosas materias y, por tanto, presenta un ámbito de actuación que excede ampliamente al del Convenio europeo. En particular, la Unión Europea se caracteriza por la exigencia de una serie de principios existenciales sin los cuales no sería operativo. Concretamente, nos referimos al principio de efecto directo, al principio de uniformidad y, muy especialmente, al principio de primacía sobre el Derecho de los Estados miembros⁹.

Por otro lado, la identidad nacional es un concepto jurídico sobre el que existe a día de hoy un profundo debate¹⁰, pudiendo al menos convenirse, a grandes rasgos, su caracterización como una noción de límites imprecisos y sobre la que destacan dos posiciones doctrinales contrapuestas (*lato sensu y stricto sensu*)¹¹. Una parte de la doctrina -a la que se suman concretamente aquellos que han acertado a apreciar una equiparación de la figura de la identidad nacional en el sistema del CEDH- sostiene una visión amplia que alude a aquellas características definitorias de un Estado miembro que lo individualizan como una realidad única y diferenciada respecto de cualquier otra comunidad política¹². Otra parte de la academia -a la que nos adherimos con convicción- ha optado por una conceptualización más estrecha y estrictamente jurídica que se identifica con las estructuras jurídicas fundamentales del orden constitucional

⁹ Es ampliamente conocida la afirmación de Pescatore, quien fuera juez del TJCE durante casi dos décadas, sobre el principio de primacía como “condición existencial” del Derecho comunitario. Vid. PESCATORE, P., *L'ordre juridique des communautés européennes*, Bruylant, Bruselas, 2006.

¹⁰ Una clara muestra de las discusiones en torno a esta figura jurídica se revela en la obra del eminente comparatista Rosenfeld, que ha calificado a la identidad nacional como un “concepto esencialmente controvertido”. ROSENFELD, M., “Constitutional identity”, en ROSENFELD, M. y SAJÓ, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p.756.

¹¹ Sobre este debate, vid. GREWE, C. y RIDEAU, J. “L’identité constitutionnelle des États membres de l’Union Européenne: flash back sur le coming-out d’un concept ambigu”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010; MARTÍ, José Luis, “Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People”, en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Amberes, 2013; VIALA, Alexandre, “Le concept d’identité constitutionnelle. Approche théorique”, en BURGORGUE-LARSEN, L. (ed.), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011.

¹² En defensa de una noción amplia que abarque igualmente el componente social y cultural, vid. BESSELINK, L., “National and Constitutional Identity Before and After Lisbon”, *Utrecht Law Review*, núm. 6, Utrecht, 2010, pp. 42-43.

nacional, rechazando posibles nociones de carácter sociológico más vinculadas a la idiosincrasia de una comunidad nacional¹³.

A nuestro modo de ver, el artículo 4.2 TUE presenta un alcance plural que se extiende, entre otras estructuras constitucionales fundamentales, al modelo de Estado (república o monarquía), forma de gobierno (presidencialista o parlamentario), estructura territorial del Estado (centralizado o descentralizado), control de constitucionalidad (concentrado o descentralizado)¹⁴ y, por supuesto, también a los derechos fundamentales¹⁵. En estas circunstancias, si se aceptara que existe una figura análoga a la identidad nacional en el marco del sistema del CEDH, la misma presentaría una coincidencia parcial, y únicamente en lo referido a los derechos fundamentales. En otras palabras, la identidad nacional tiene un ámbito de aplicación donde los derechos fundamentales son solo uno de sus elementos constitutivos, si bien goza de unas fronteras mucho más amplias, siendo únicamente este punto el espacio de solapamiento entre ambas esferas jurídicas.

Siendo los derechos fundamentales el único posible espacio de convergencia de la identidad nacional entre uno y otro sistema, cabe añadir una valoración adicional para terminar de delimitar su hipotético ámbito de actuación en el marco del sistema del CEDH. Conviene aclarar que esta figura jurídica no se extiende con carácter general a todos los derechos fundamentales, sino tan solo a una configuración jurídica nacional de los mismos -que puede referirse al sentido, al alcance o al equilibrio entre dos posibles derechos fundamentales contrapuestos- que guarda una estrecha relación con la autodeterminación constitucional de los Estados¹⁶. En caso contrario, sería imposible la

¹³ Compartiendo esta noción *stricto sensu* de la identidad nacional, Van der Schyff la define como la “individualidad o esencia de un ordenamiento”, VAN DER SCHYFF, G., “EU Member State Constitutional Identity”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 76, Heidelberg, 2016, p. 169; SIMON, D., “L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l’Union Européenne”, en BURGORGUE-LARSEN, L. (ed.), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011, p. 43.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, LM., “Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional”, en CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMP, P. (dirs.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 439-440.

¹⁵ Sobre la consideración de los derechos fundamentales como una parte integrante de la identidad nacional, *vid.* WEILER, J.H.H., *The Constitution of Europe. “Do the New Clothes have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 102.

¹⁶ Conclusiones el AG Y. Bot de 2 de octubre de 2012, asunto Melloni, C-399/11, apartados 138-142.

construcción de un espacio de derechos fundamentales en Europa por tratarse de un ámbito normativo tan sensible en toda su extensión que cualquier intervención regulatoria o judicial por parte de actores extraestatales sería considerada como una intromisión inaceptable.

Compartidas estas breves consideraciones previas, el presente estudio se propone examinar la posible emergencia de la denominada identidad nacional en el marco del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde una posición crítica. Estas primeras palabras de cautela apenas expresadas revelan nuestra reticencia inicial a admitir la existencia de un fenómeno jurídico semejante en el contexto del sistema de protección de derechos fundamentales del Consejo de Europa, que, en todo caso, requieren de un examen en mayor profundidad en las próximas líneas. Para cumplir con este propósito, este artículo se organizará en torno a tres partes principales dedicadas al análisis de la identidad nacional en el texto del CEDH, al respeto a la diversidad constitucional a través de la doctrina del margen de apreciación nacional y, por último, abordaremos un análisis de la jurisprudencia más reciente del TEDH sobre este particular.

II. Identidad nacional y Convenio Europeo de Derecho Humanos

2.1. Ausencia de reconocimiento expreso de la identidad nacional en el Convenio Europeo

Ninguna de las disposiciones del CEDH ni de sus Protocolos contiene una referencia expresa a la identidad nacional de los Estados europeos. Expresado en otros términos, no se reconoce en dicho instrumento internacional una suerte de excepción nacional que pueda comportar una modulación de la interpretación o de la aplicación de las normas del Convenio europeo por razón de consideraciones nacionales de naturaleza constitucional. Otra cuestión distinta, en la que nos detendremos más adelante, es la de indagar si otros preceptos de ese mismo Tratado internacional pueden constituir un cauce para una protección indirecta de la misma.

Para empezar, la ausencia de una previsión normativa explícita a este respecto puede encontrar una convincente explicación en las características específicas del sistema del CEDH, que se diferencian nítidamente de aquellas que alumbraron la cláusula de identidad nacional en el ordenamiento jurídico europeo. El respeto a la identidad nacional fue reconocido por primera vez en el Derecho de la Unión con ocasión de la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992¹⁷. En ese momento el proyecto común europeo experimenta un auténtico “viraje constitucional”¹⁸ en virtud del cual se atribuyen al mismo competencias que estaban tradicionalmente asociadas a la esfera más estrechamente ligada a la soberanía estatal. Se trata de un punto de inflexión en la historia europea debido a que se experimenta una transición por la que se abandonan definitivamente los limitados objetivos iniciales para los que nace, que se concretaban básicamente en la consecución de un mercado común, para dar paso a la constitución de una comunidad política. En tales circunstancias, se puede comprender la incorporación de la identidad nacional al acervo comunitario, que obedece fundamentalmente a la “ansiedad de los Estados”¹⁹ por garantizar la existencia de los mismos y la pervivencia de determinados particularismos estatales a la vista de una integración cada vez más acentuada.

Por el contrario, las concretas circunstancias que rodearon la aprobación de un catálogo de derechos humanos y la constitución de un Tribunal encargado de su protección bajo los auspicios del Consejo de Europa permiten explicar que dicho sentimiento de inquietud a que nos referíamos previamente no tuviera lugar en este

¹⁷ Se ha defendido por un sector muy autorizado de la doctrina que el respeto a la identidad nacional constituye un deber de la Unión que le fue impuesto desde los inicios mismos del proyecto de integración europea. En todo caso, de lo que no cabe duda es que la misma no tuvo un reconocimiento expreso en la letra de los Tratados hasta inicios de los años noventa del siglo pasado. *Vid.* Conclusiones del Abogado General M. Poaires Maduro de 8 de octubre de 2008, asunto Michaniki, C-213/07, apartado 31; SAIZ ARNAIZ, A., “L’identité nationale et le droit de l’Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole” en BURGORGUE-LARSEN, L., *L’identité constitutionnelle saisie per les juges en Europe*, Pedone, París, 2011, p. 101. Respecto de un análisis cronológico de esta categoría jurídica, *vid.* GUASTAFERRO, B., “Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause”, *Yearbook of European Law*, núm. 31, vol. 1, Oxford, 2012, pp. 271-289.

¹⁸ BESSELINK, L., “National...cit.”, pp. 40-41.

¹⁹ PONTTHOREAU, M.-C., “Identité constitutionnelle et clause européenne d’identité nationale. L’Europe à l’épreuve des identités constitutionnelles nationales”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Bolonia, 2007, citado por MOUTON, J.-D., “Vers la reconnaissance d’un droit à l’identité nationale pour les États membres de l’Union?”, en *La France, l’Europe et le monde, Mélanges en l’honneur de J. Charpentier*, Pedone, París, 2008, p. 409.

marco normativo²⁰. En primer lugar, el radio de acción del sistema del Convenio europeo es muy limitado en comparación con el incuestionablemente ambicioso proyecto de integración que se traslucía del Tratado de Maastricht, constriñéndose aquel únicamente a la salvaguarda de los derechos humanos. En segundo lugar, el Convenio de Roma se propone crear un estándar de protección mínimo de los derechos humanos, aunque es importante añadir que en ningún caso aspira a una armonización generalizada de los mismos en todo el continente europeo. En este punto, es imprescindible mencionar la cláusula de *non regression* del artículo 53 CEDH²¹, que no se opone a que los ordenamientos nacionales establezcan una regulación *iusfundamental* más garantista que la contemplada en el propio Convenio²². En tercer lugar, tal y como se desprende del propio Preámbulo del CEDH²³, este se basa en unos principios y valores comunes que permitían presumir en el momento de su elaboración un alto grado de sintonía entre ambas esferas. En cuarto y último lugar, no debe olvidarse el hecho de que las sentencias del TEDH, aun siendo vinculantes, son meramente declaratorias y, por tanto, no tienen un efecto directo en los ordenamientos internos de las Altas Partes Contratantes.

2.2. Protección indirecta de la identidad nacional en el Convenio Europeo: excepciones nacionales generales y particulares

Siendo innegable que no existe un reconocimiento expreso de la identidad nacional en el texto del CEDH, debe tenerse presente que existen una serie de disposiciones que pueden interpretarse como una protección implícita o indirecta de

²⁰ Vid. LÓPEZ GUERRA, L., “National identity and the European Convention on Human Rights”, en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Amberes, 2013, pp. 305-306.

²¹ Artículo 53 CEDH: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

²² Para un examen general sobre el artículo 53 CEDH, vid. VAN DE HEYNING, C., “No Place Like Home - Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C. y VAN NUFFEL, P. (eds.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Intersentia, Amberes, 2011, pp. 71-78; SCHABAS, W., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 902-904.

²³ Preámbulo del CEDH, párrafo núm. 6: “Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”.

aquella²⁴. A este respecto, podemos diferenciar entre excepciones generales y particulares según si las mismas pueden proyectarse sobre cualquiera de los derechos reconocidos en el Convenio europeo o si únicamente se refieren a alguno de ellos individualmente.

Empezando por las excepciones generales, el “*bill of rights continental*”²⁵ contempla la posibilidad de formular reservas (artículo 57 CEDH²⁶), entendiéndose por tales la potestad de un Estado parte de emitir una declaración unilateral en el momento de firmar ese tratado internacional con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de una o varias de sus disposiciones en su Derecho interno. Considerado en estos términos, puede interpretarse que este es un mecanismo convencional que ofrece a los Estados la oportunidad de identificar y de superar una colisión con su propia identidad nacional de manera preventiva. Dicho esto, debe considerarse la regulación de esta figura jurídica en el CEDH, que, en ningún caso, otorga una discrecionalidad estatal irrestricta. Siguiendo la dicción literal de la norma, las reservas no pueden comportar una exclusión general del derecho de que se trate, los Estados deben facilitar una breve exposición de la ley que las contempla y, quizás lo más importante, corresponde al propio Tribunal de Estrasburgo examinar la conformidad de las mismas, habiendo desarrollado en ocasiones un severo control por el que se han rechazado determinadas excepciones nacionales²⁷.

En segundo lugar, el artículo 15 CEDH reconoce a los Estados la posibilidad de suspender los derechos humanos reconocidos en ese instrumento internacional “en caso

²⁴ Vid. LÓPEZ GUERRA, Luis, “National...cit.”, pp. 306-307; SZYMCZAK, David, “L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence dans la jurisprudence conventionnelle”, en BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *L’identité constitutionnelle saisie per les juges en Europe*, Pedone, París, 2011, pp. 49-51.

²⁵ Sobre el uso de esta expresión, *vid.*, SCHÜTZE, Robert, “Three “Bills of Rights” for the European Union”, *Yearbook of European Law*, núm. 30, vol. 1, Oxford, 2011.

²⁶ Artículo 57 CEDH: “1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate.

²⁷ BURGORGUE-LARSEN, L., “L’autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l’Homme”, *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, vol.1, Bruselas, 2001, pp. 32-33.

de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”. Esta no es más que una cláusula general derogatoria que encuentra su reflejo en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y, con especial presencia, en aquellos que se ocupan exclusivamente de derechos civiles y políticos. Gracias a la misma, se concede a los Estados un instrumento particularmente poderoso para que puedan flexibilizar la aplicación de los derechos fundamentales con el objetivo de atender a situaciones nacionales extraordinarias que pueden encontrar en las respectivas Constituciones una regulación más apropiada a las circunstancias del caso.

En cuanto a las excepciones particulares, los derechos y libertades contemplados en los artículos 8 a 12 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar, libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión, libertad de reunión y asociación y derecho a contraer matrimonio), así como el derecho de propiedad consagrado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1, prevén la posibilidad de introducir límites en el ejercicio de los mismos. En todo caso, la validez de los mismos está sometida al cumplimiento de una serie de requisitos expresamente previstos en esas disposiciones: que la injerencia de la autoridad pública esté prevista por la ley, que la misma persiga un interés legítimo y, además, que sea necesaria en una sociedad democrática. En este sentido, la doctrina ha interpretado que no existen dificultades para considerar que entre tales limitaciones puedan tener cabida consideraciones de índole constitucional ligada a la identidad nacional de los Estados parte²⁸. Ahora bien, es necesario prevenir que se trata de una cobertura muy limitada en la medida que abarca situaciones de excepcionalidad muy puntuales y para un número muy escaso de derechos humanos respecto del totalidad del Convenio europeo.

III. Identidad nacional y margen de apreciación nacional: ¿una salvaguarda convencional a través de la acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

El TEDH no ha elaborado nunca una doctrina por la que se reconozca de manera explícita a los Estados la posibilidad de invocar la identidad nacional como una excepción de carácter judicial con efectos sobre la interpretación y la aplicación del

²⁸ SZYMCZAK, D., “L’identité...cit.”, p. 50.

Convenio europeo en los ordenamientos nacionales. No obstante, y más allá del debate meramente nominal, conviene analizar si la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional ha articulado cauces alternativos que respondan a una misma finalidad y, por ende, que permitan atisbar una especial sensibilidad en relación con las particularidades constitucionales de los Estados. Por razón de sus aparentes similitudes, una primera intuición nos lleva a aproximarnos a la célebre doctrina del margen de apreciación nacional y la posibilidad de que la identidad nacional pueda tener encaje en la misma²⁹.

El margen de apreciación nacional, como es bien sabido, es una técnica judicial de largo recorrido, que fue creada por el TEDH con el afán de conciliar dos intereses en juego, a saber: garantizar un mínimo común de protección de los derechos reconocidos en el Convenio y, por otro, el mantenimiento de la soberanía nacional de los Estados parte gracias al carácter subsidiario de este sistema de protección de derechos humanos³⁰. Esta construcción convencional atribuye a las autoridades nacionales un cierto grado de autonomía para que puedan cumplir con las obligaciones que derivan del CEDH en atención a una pluralidad de circunstancias nacionales de carácter fáctico o jurídico. De este modo, el Tribunal de Estrasburgo se impone a sí mismo un ejercicio de autocontención o *self restraint* en su facultad de controlar la acción u omisión de los Estados por considerarse que estos se encuentran en una mejor posición para ofrecer una respuesta al conflicto que pueda plantearse debido a que tienen un conocimiento más profundo de las complejas realidades nacionales.

En todo caso, de lo que no cabe duda es que el margen de apreciación nacional no puede concebirse como “un derecho de los Estados demandados, que no poseen una prerrogativa o privilegio a que se les aplique esta doctrina”³¹. Los Estados tienen plena libertad para esgrimirla ante el TEDH y, llegado el asunto a su conocimiento, este

²⁹ FABBRINI, F. y SAJÓ, A., “The dangers of constitutional identity”, *European Law Journal*, núm. 25, vol. 4, Oxford, 2019, p. 463.

³⁰ Sobre la caracterización general de esta pauta hermenéutica de origen judicial, *vid.*, entre la abundantísima literatura, GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derechos humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010; GREER, S., *The European Convention on Human Rights. Achievement, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

³¹ GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, Madrid, 2007, p. 130.

ostenta discrecionalidad por acogerla o no. En caso afirmativo, dicho Tribunal no pierde ni renuncia a su jurisdicción, sino que simplemente se limita a resolver el litigio con remisión a la solución proveída por la autoridad nacional. En este sentido, se aprecian ciertas similitudes y diferencias con la figura de la identidad nacional.

En cuanto a los parecidos, existe una visión generalizada en la doctrina de que la identidad nacional no constituye una “carta blanca” que otorga a los Estados miembros una absoluta discrecionalidad para la inaplicación del Derecho de la Unión³². Corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia admitir la identidad nacional, limitándose su papel así a una excepción procesal invocable por los Estados miembros. Así entendida, los Estados no pueden determinar unilateralmente su procedencia y sus efectos. Eso sí, queda siempre a salvo la potestad residual de los Tribunales Constitucionales de aplicar la (numerosas veces invocada y nunca aplicada) doctrina de los *controlimiti*, que pone a disposición de aquellos un instrumento de *ultima ratio* para actuar como guardianes de su patrimonio constitucional irrenunciable. Por lo que respecta a las desemejanzas, la identidad nacional aparece consagrada de manera expresa en los Tratados en la forma de un deber que recae en la Unión -y también en el propio Tribunal de Justicia³³- de respetar la identidad nacional y, por tanto, podría sostenerse que los Estados miembros tienen reconocido, en sentido estricto, un derecho³⁴; otra cuestión distinta es que la concreta delimitación del mismo en sede judicial esté en manos del Tribunal de Luxemburgo.

En suma, el margen de apreciación nacional es un instrumento interpretativo que merece una valoración ambivalente. De un lado, juzgamos imprescindible contar con una pauta judicial semejante que trace una línea divisoria entre aquellas cuestiones que

³² CLAES, M., “Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway”, en CLAES, M., De Visser, M. y Popelier, P. (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: actors, topics and procedures*, Intersentia, Amberes, 2012, pp. 220-221. En defensa de una posición contraria, aunque minoritaria entre la doctrina, VON BOGDANDY, A. y SCHILL, S., “Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”, *Common Market Law Review*, núm. 48, vol. 5, Dordrecht, 2011, pp. 1441-1444.

³³ CLOOTS, E., *National...cit.*, pp. 63-79.

³⁴ Vid. MOUTON, J-D., “Vers la reconnaissance d'un droit à l'identité nationale pour les États membres de l'Union?”, en *La France, l'Europe et le monde, Mélanges en l'honneur de J. Charpentier*, Pedone, París, 2008; RIETLING, D., “Le droit au respect à l'identité constitutionnelle nationale”, en BARBATO, J-C. y MOUTON, J-D. (dirs.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne?*, Bruylant, Bruselas, 2010.

debe decidir cada comunidad nacional y aquellas otras que precisan de una solución homogénea con el objeto de hacer frente a una excesiva e indeseable fragmentación normativa en el espacio de los derechos humanos³⁵. Este parecer se justifica porque no es posible pretender una completa uniformización en un marco normativo en el que se comprenden 47 Estados que aglutinan a más de 800 millones de personas con culturas jurídicas que presentan un grado de diversidad muy elevado, sin por ello despreciar la existencia de un cultura europea común de mínimos³⁶. Se trata de alcanzar un difícilísimo equilibrio entre dos intereses que parecen contraponerse entre sí sin atisbarse una sencilla solución a este dilema: fomentar una mayor uniformidad entre la protección de los derechos fundamentales o promover un mayor respeto de las tradiciones jurídicas nacionales³⁷. De otro lado, son un lugar común en la doctrina las críticas al margen de apreciación nacional por razón de su vaguedad, su arbitrariedad, su pobre y en muchas ocasiones contradictoria construcción jurisprudencial y, en definitiva, por toda la inseguridad jurídica que la rodea, impidiendo así contar con criterios generales que permitan a los demandantes y a los Estados contar con unos criterios claros y predeterminados.

Tras estas breves consideraciones generales sobre esta peculiar pauta hermenéutica, es el momento de analizar específicamente una serie de recientes pronunciamientos del TEDH que han inducido a algunos autores a sostener que la identidad nacional puede ser un factor emergente que determine la concesión de un cierto margen de maniobra en favor de las autoridades nacionales³⁸. En otros palabras, se plantea la incógnita de si la misma puede ser uno de aquellos -numerosos y no fácilmente enumerables de manera taxativa³⁹- elementos que pueden motivar la

³⁵ MAHORNEY, P. “Marvellous richness diversity or individual cultural relativism, *Human Rights Law Journal*, núm. 19, vol. 1, Estrasburgo, 1998, p.1.

³⁶ GARCÍA ROCA, J., “La...cit.”, p. 130.

³⁷ Respecto de este dilema, *vid.* KASTANAS, E., *Unité et diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruselas, 1996.

³⁸ FABBINI, F. y SAJÓ, A. “The...cit.”, pp. 461-462. Si bien estos autores defienden la existencia de una dinámica jurisprudencial reciente, advierten de la existencia de fallos dictados con anterioridad que apuntaban en esta misma dirección. *Vid.* STEDH de 20 de septiembre de 1994, asunto Otto Preminger c. Austria, 13470/87.

³⁹ Respecto de los factores que pueden determinar la aplicación del margen de apreciación nacional, así como un mayor o menor deferencia en favor de los Estados, SPIELMANN, D., “Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine:

activación del mecanismo del margen de apreciación nacional. Reconocemos, eso sí, que no aspiramos a ofrecer un panorama exhaustivo de toda la jurisprudencia sobre el particular, puesto que sería una tarea que excede del propósito más modesto de este estudio. De todos modos, examinaremos una serie de resoluciones judiciales suficientemente representativas como para extraer un juicio de valor válido y fundado, y que, en todo caso, son aquellas aludidas repetidamente entre aquellos autores que se han posicionado en favor de identificar una categoría asimilable a la identidad nacional en el sistema del CEDH⁴⁰.

IV. Análisis de una escasa e inconcluyente jurisprudencia del TEDH

Un análisis de la jurisprudencia emanada del TEDH revela la existencia de algunas sentencias en las que se emplea la doctrina del margen de apreciación nacional para tomar en consideración circunstancias fácticas y jurídicas que se encuentran en la raíz de la especial configuración jurídica de determinados derechos fundamentales en algunos ordenamientos nacionales. Dicho esto, esa especial regulación nacional de los derechos fundamentales en un ordenamiento nacional únicamente adquiere relevancia para el presente estudio en la medida que la misma sea expresiva de la identidad nacional y, por tanto, no se traten de meras diferencias que puedan responder a otras motivaciones. Examinaremos, a continuación, una serie de pronunciamientos que presentan los siguientes rasgos: escasos, versan sobre una variedad limitada de asuntos y han sido todos ellos dictados en fechas relativamente recientes.

4.1. A, B y C c. Irlanda

El asunto A, B y C c. Irlanda gira en torno a la tradicional prohibición del aborto en Irlanda, que solo hasta fechas muy recientes ha sido legalizado tras la celebración de un referéndum en el año 2018⁴¹. Hasta entonces, el régimen jurídico irlandés se

Waiver or Subsidiarity of European Review”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 14, Cambridge, 2012, pp. 392-411.

⁴⁰ Para un estudio más detallado de la jurisprudencia del TEDH concerniente a la identidad nacional, *vid.* SZYMCZAK, D., “L’identité...cit.”, *passim*. No obstante, debe advertirse que este autor sostiene una noción de identidad nacional que juzgamos excesivamente amplia y compadece poco con la noción que hemos sostenido en la parte introductoria de este artículo, que es sustancialmente más reducida.

⁴¹ STEDH de 16 de diciembre de 2010, asunto A, B y C c. Irlanda, 25579/05. *Vid.* WICKS, E., “A, B, C vs. Ireland: abortion law under the European Convention”, *Human Rights Law Review*, núm. 11, vol. 3, Oxford, 2011.

caracterizaba por una regulación particularmente restrictiva del aborto fruto del papel determinante ejercido por la Iglesia católica en la conformación de los principios y valores de la sociedad irlandesa. Tales valores predominantes fueron merecedores de protección jurídica en la norma de mayor rango del ordenamiento nacional por medio de una reforma constitucional que cristalizó en el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa⁴². Así las cosas, el aborto se presenta como un ejemplo paradigmático de la que durante décadas ha sido una incontestable manifestación de la identidad nacional de uno de los Estados miembros de la Unión y también parte del Convenio⁴³.

Circunscribiéndonos al caso concreto, los demandantes en el litigio principal incoaron un procedimiento judicial contra Irlanda debido a la prohibición de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo por motivos de salud y de bienestar de la madre con fundamento en varios derechos del Convenio, si bien únicamente nos interesan a los efectos de nuestro análisis la admisión de la demanda con base en el derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). De entrada, el Tribunal de Estrasburgo reconoció que ese derecho presenta una concepción muy amplia en la que se incluye la autonomía personal y la integridad física y psíquica⁴⁴. Tras este recordatorio de una jurisprudencia consolidada, continuó señalando que la prohibición del aborto en Irlanda comportaba una intromisión en el derecho a la vida privada y familiar, siendo necesario evaluar si la misma estaba justificada⁴⁵. Para ello, y de conformidad con el apartado segundo del artículo 8 CEDH, debía valorar si esa restricción está prevista por la ley, si es necesaria en una sociedad democrática y si persigue un fin legítimo. Para determinar si concurría el tercero de tales requisitos convencionales, el TEDH expresó que debía llevar a cabo una ponderación entre los dos intereses en juego (la integridad física y moral de las demandantes y los valores de la sociedad irlandesa en relación a la protección del concebido no nacido) con recurso al

⁴² Artículo 40.3.3 Constitución irlandesa de 1937: “El Estado reconoce el derecho a la vida del *nasciturus*. Y teniendo en cuenta el derecho de la madre a la vida, se compromete a respetar este derecho en sus leyes y, en la medida de lo posible, a defender y a hacer valer este derecho por medio de sus leyes”.

⁴³ Para un estudio más detenido sobre la regulación constitucional del aborto en Irlanda y su vinculación con la identidad nacional, *vid.* JACOBSON, G.J., “Constitutional identity”, *The Review of Politics*, núm. 68, Notre Dame, 2006, pp. 384-394.

⁴⁴ STEDH de 16 de diciembre de 2010, asunto A, B y C c. Irlanda, 25579/05, § 216.

⁴⁵ *Ibidem*.

instrumento del margen de apreciación nacional⁴⁶. En este caso concreto consideró que, en principio, debía otorgar un amplio margen al Estado por razón de “la aguda sensibilidad de las cuestiones morales y éticas planteadas por la cuestión del aborto”⁴⁷. Reconocida esta holgada discrecionalidad, terminó concluyendo que no consideraba que la prohibición del aborto en Irlanda por motivos de salud excediese el margen de apreciación concedido al Estado irlandés en la medida en que dicha regulación estaba basada en “los profundos valores morales del pueblo irlandés en relación a la naturaleza de la vida”⁴⁸.

Una vez más, el Tribunal de Estrasburgo acudió a la técnica del margen de apreciación nacional para determinar el justo equilibrio entre dos intereses enfrentados. Para valorar la mayor o menor amplitud de ese margen, consideró como un elemento determinante los profundos valores morales del pueblo irlandés que, por otra parte, tenían acogida en ese momento en el mismo texto constitucional. Asimismo, cabe señalar que a pesar de que el consenso es uno de los factores tradicionalmente esgrimidos en la jurisprudencia para determinar los contornos de ese margen y de que el propio TEDH coincidió con las demandantes en que existe un “consenso en la sustancial mayoría de los Estados Parte del Consejo de Europea que permite el aborto en supuestos más amplios que los permitidos en la regulación irlandesa”, el mismo fue desplazado a una posición subordinada en comparación con la importancia concedida a los valores morales predominantes. Por todo ello, el resultado de este pronunciamiento es, sin duda, el de la protección de la identidad nacional irlandesa, si bien lo hace de una manera indirecta. No alude en ningún momento a la Constitución nacional, sino que el motivo por el que valora la existencia de un generoso margen de apreciación nacional es una circunstancia de hecho, y no jurídica, como son los principios morales mayoritarios de la sociedad irlandesa, aunque ciertamente los mismos han influido decisivamente en la protección constitucional del derecho a la vida.

4.2. Lautsi c. Italia

⁴⁶ *Ibid.*, § 230.

⁴⁷ *Ibid.*, § 233.

⁴⁸ *Ibid.*, § 241.

Otro caso no menos controvertido se suscitó en relación a la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos en Italia en el asunto *Lautsi c. Italia*⁴⁹. La demandante sostenía que la presencia de esos símbolos religiosos en las aulas del colegio público al que asistían sus hijos menores de edad atentaba contra su derecho a la libertad religiosa (artículo 9 CEDH) y su derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo núm.1). Asumiendo una posición contraria, el Gobierno de Italia alegaba que “el símbolo de la cruz podía ser percibido no solo como un símbolo religioso, sino también como un símbolo cultural e identitario, un símbolo de los principios y valores que constituyen las bases de la democracia y de la civilización occidental”⁵⁰.

Por su parte, el TEDH declaró que la decisión de “perpetuar o no una tradición entra dentro del margen de apreciación del Estado demandado”⁵¹. En este sentido, subrayó que Europa se caracteriza por una gran diversidad en la esfera del desarrollo cultural e histórico entre los diferentes Estados o, lo que es lo mismo, reconocía la inexistencia de un consenso europeo a este respecto. En todo caso, se cuidó de apuntar que la preservación de las tradiciones nacionales no exime a un Estado de su obligación de respetar los derechos consagrados en el Convenio y sus Protocolos, señalando como único límite a la discrecionalidad de los Estados en esta materia la prohibición de adoctrinamiento, que no concurría en el presente caso. En pocas palabras, entre el interés del Estado italiano en la defensa de sus valores tradicionales y el derecho a la educación y a la libertad de expresión de la demandante, debía primar un amplio margen de apreciación nacional en favor del primero con apoyo en la ausencia de un consenso europeo.

En las circunstancias del presente asunto, es dudoso que los valores religiosos tradicionales de la sociedad italiana aludidos en la sentencia constituyan una parte integrante de la identidad nacional de ese Estado⁵². Por un lado, se afirma en la sentencia que la *Corte Costituzionale* ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta

⁴⁹ STEDH de 18 de marzo de 2011, asunto *Lautsi c. Italia*, 30814/06. Vid. BARRERO ORTEGA, A., “El caso *Lautsi*: la cara y la cruz”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, Madrid, 2012.

⁵⁰ STEDH de 18 de marzo de 2011, asunto *Lautsi c. Italia*, 30814/06., § 36.

⁵¹ *Ibid.*, § 68.

⁵² Vid. FABBRINI, F. y POLLICINO, O., “Constitutional Identity in Italy: European Integration as the Fulfilment of the Constitution”, *EUI Working Papers LAW 2017/06*, Florencia, 2017.

cuestión en varias ocasiones declarando que el secularismo es un principio supremo del orden constitucional y que, si bien el mismo no tiene un reconocimiento expreso en un precepto individual del texto constitucional, se deriva de los artículos 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución italiana⁵³. Por otro, y aun reconociendo la importancia de ese principio en el ordenamiento jurídico nacional, resulta a primera vista contradictorio que el Gobierno italiano asuma en el proceso ante el TEDH una posición que pudiera juzgarse como contraria a su propia identidad nacional.

4.3. S.A.S. c. Francia

El asunto S.A.S. c. Francia concierne el veto impuesto por la legislación francesa aprobada en el año 2010 para el uso del burka en el espacio público⁵⁴. En este caso, la demandante alegaba que dicha prohibición era contraria a su derecho al respeto a la vida privada (artículo 8 CEDH) y su libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH). En defensa de un parecer contrario al expresado por esta nacional francesa, el Gobierno galo se apoyó en la exposición de motivos de la ley nacional por la que se prohibía la ocultación del rostro en los espacios públicos en la que se sostuvo que

“Francia nunca ha sido más fiel a su historia, destino e imagen que cuando se ha unido en torno a los valores de la República: libertad, igualdad y fraternidad. Esos valores constituyen el fundamento de nuestro pacto social; garantizan la cohesión de la nación; amparan el principio de respeto a la dignidad de las personas y la igualdad entre hombres y mujeres”.

Por su parte, el TEDH señaló que el legislador nacional ostenta una legitimidad democrática directa y se encuentra, en principio, en mejor posición que un tribunal internacional para evaluar las necesidades de esa comunidad política. En particular, consideró que se debía de otorgar un especial peso al legislador nacional sobre aquellos asuntos en los que exista un especial desacuerdo en el seno de la sociedad y, muy especialmente, en cuestiones relativas a la relación entre el Estado y la religión en una

⁵³ STEDH de 18 de marzo de 2011, asunto Lautsi c. Italia, 30814/06., § 16.

⁵⁴ STEDH de 1 de julio de 2014, asunto S.A.S. c. Francia, 43835/11.

sociedad democrática⁵⁵. Reconocida la amplitud del margen de apreciación nacional en estos casos, aceptó los argumentos del Estado demandado y, por consiguiente, rechazó la existencia de una violación de los artículos 8 y 9 CEDH. Concretamente, el Tribunal de Estrasburgo admitió que

“la ocultación sistemática y voluntaria de la cara es problemática porque es sencillamente incompatible con los requisitos fundamentales de la “vida en común” de la sociedad francesa” y “contrario a la idea de fraternidad,...no respeta el requisito mínimo de urbanidad necesario para la interacción social”⁵⁶.

En este caso, existen pocas dificultades para defender que el principio de laicidad encaja cómodamente en el concepto de la identidad nacional francesa. No son solo valores fundamentales del ordenamiento jurídico nacional expresamente recogidos en la Constitución nacional, sino que, además, puede considerarse que reúnen los peculiares requisitos que exige la doctrina para incorporarlos en esa noción: esenciales y únicos⁵⁷. Por otra parte, este es quizás uno de los más recientes fallos del Tribunal de Estrasburgo en los que se reconoce una considerable deferencia en favor de Estados que, como Francia, han adoptado un modelo constitucional secular en lo que se refiere a las relaciones Iglesia-Estado. Aun así, no debe dejar de señalarse que existen otros anteriores a esa fecha en los que se dictaron sentencias en ese mismo sentido, que podemos considerar como respetuosos con la identidad nacional⁵⁸.

4.4. Sejdić y Finci c. Bosnia y Herzegovina

⁵⁵ *Ibid.*, § 129.

⁵⁶ *Ibid.*, § 141.

⁵⁷ El Derecho europeo, por muy lejos que vaya su primacía y su inmediatez, no puede poner en cuestión lo que está expresamente escrito en nuestros textos constitucionales y que nos es propio. Me refiero a todo lo que es inherente a nuestra identidad constitucional en el doble sentido del término “inherente”: crucial y distintivo. En otras palabras: lo esencial de la República”. Discurso del Presidente del Conseil Constitutionnel de 3 de enero de 2005, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 18, 2005, p. 8. Traducción propia. Para un desarrollo en mayor profundidad sobre el concepto de identidad nacional francesa, *vid.* MILLET, F-X., “Constitutional Identity in France: Vices and -Above All- Virtues”, en CALLIES, C. y VAN DER SCHAFF, G., *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

⁵⁸ STEDH de 4 de diciembre de 2008, asunto Dogru c. Francia, 27058/05.

Los Sres. Sejdić y Finci son dos nacionales de Bosnia y Herzegovina que interpusieron una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo por considerar que su Constitución nacional no les reconocía el derecho a ser candidatos al Parlamento nacional y a la Presidencia de ese mismo Estado por razón de su origen étnico⁵⁹. Los demandantes pertenecían a las minorías gitana y judía, respectivamente, y, por tanto, no formaban parte de ninguno de los tres pueblos constituyentes (bosniacos⁶⁰, serbios y croatas) a los que la Constitución nacional reconoce elegibilidad para tales cargos públicos (artículo 5 Constitución Bosnia de 1995). En tales circunstancias, acudieron ante esta jurisdicción internacional alegando una violación de la prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH y artículo 1 del Protocolo núm. 12) y del derecho a unas elecciones libres (artículo 3 del Protocolo núm.1), consiguiendo que la sentencia declarase la conculcación de esos derechos.

Los votos particulares contenidos al final de la resolución judicial son particularmente iluminadores a la hora de valorar la radical importancia de las circunstancias históricas, políticas y sociales para enjuiciar el presente caso. Si se tratara de cualquier otro Estado parte del Convenio, tal regulación nacional merecería el inmediato reproche jurídico del Tribunal de Estrasburgo por comportar una evidente quiebra de la prohibición de discriminación reconocida en el Convenio europeo. Sin embargo, a nuestro juicio, y también en el de los jueces Mijović, Hajiyev y Bonello que manifestaron su opinión en los votos particulares, el particular contexto histórico y jurídico que rodeaba a este asunto es un factor que debería haber contribuido a que se hubiera dictado un fallo en un sentido distinto.

La Constitución de Bosnia y Herzegovina de 1995 es un experimento jurídico sin parangón en la historia del constitucionalismo moderno debido, entre otras circunstancias, a que la misma se inserta, en un sentido técnico, como un apéndice de un tratado internacional. En efecto, ese tratado es conocido como los Acuerdos de Dayton,

⁵⁹ STEDH de 22 de diciembre de 2009, asunto Sejdić y Finci c. Bosnia Herzegovina, 27996/06 y 34836/06. *Vid.* BARDUTZKY, S., “The Strasbourg Court on the Dayton Constitution: judgment in the case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, 22 December 2009”, *European Constitutional Law Review*, núm. 6, vol. 2, Oxford, 2010.

⁶⁰ No confundir los términos bosniaco y bosnio, aludiendo el primero de ellos a una comunidad musulmana cuyo país de origen es Bosnia y Herzegovina, mientras que el segundo se refiere a los ciudadanos de Bosnia y Herzegovina, sin importar su origen étnico o religioso.

negociados entre la Unión Europea y Estados Unidos, que lograron poner fin a la Guerra de los Balcanes. Gracias al mismo, fue posible aprobar un pacto constituyente en el que se alcanzaron unos complejíssimos equilibrios políticos de enorme sensibilidad entre pueblos que se habían enfrentado de manera cruenta durante años. De forma clarividente, el juez Bonello expresó que “únicamente la acción de esa filigrana extinguió el infierno que había sido Bosnia y Herzegovina. Puede que no sea una arquitectura perfecta, pero fue la única que indujo a los contendientes a sustituir la dinamita por el diálogo”. En consecuencia, si efectivamente existiera en el marco del sistema del Convenio europeo una figura análoga a la identidad nacional, estas hubieran sido unas circunstancias extraordinariamente propicias para activar un mecanismo que permitiese respetar unas estructuras constitucionales básicas a pesar de que puedan comportar una violación palmaria del Convenio.

Este último asunto rompe con la línea discursiva que parecían trazar las anteriores sentencias y que nos hubieran permitido afirmar, con las debidas precauciones derivadas del escaso número de pronunciamientos, la emergencia de una incipiente jurisprudencia favorable a prestar una debida atención a la identidad nacional. Estas inconsistencias constituyen, sin embargo, uno de los rasgos característicos de una técnica judicial como es el margen de apreciación nacional, de la que no es habitual poder extraer unas directrices judiciales generales y claras de antemano. Es por ello que las decisiones apenas examinadas no nos ofrecen por el momento unos resultados concluyentes, sino que será preciso esperar a futuras resoluciones judiciales que puedan esclarecer esta cuestión. En rigor, consideramos que el TEDH no ha mostrado *per se* una especial consideración a los rasgos jurídico-constitucionales esenciales de un Estado, sino que más bien ha expresado en algunos casos una cierta deferencia a determinadas circunstancias fácticas y jurídicas que gozan de protección constitucional, de lo que resulta a lo sumo una tutela indirecta.

IV. Conclusiones

La siempre compleja y delicada tarea de estudiar la posible existencia o la conveniencia de introducir una categoría jurídica en otro ordenamiento jurídico se hace especialmente difícil para el caso de la figura de la identidad nacional. Esto se debe a

que la Unión Europea y el Convenio europeo presentan unas características muy específicas que hacen que todo paralelismo entre ambos sistemas jurídicos deba examinarse con mucha cautela. A ello se suma que, considerado el limitado ámbito de actuación del Convenio, la identidad nacional sólo puede presentar una coincidencia parcial de significado restringida a los derechos fundamentales, sin incorporar ninguna otra de las estructuras constitucionales básicas de los Estados que forman parte de esa misma noción.

Ni existe un reconocimiento expreso a la misma en el CEDH ni en sus Protocolos, siendo razonable esta ausencia si se tiene en cuenta que parece hartamente improbable que un sistema internacional de protección subsidiario de derechos humanos que no aspira a una uniformización de los mismos pueda erosionar los principios constitucionales esenciales de los Estados. Sin embargo, este sistema comparte una preocupación asimilable como es la de encontrar el debido equilibrio entre mantener viva una protección *iusfundamental* mínima común a todos los Estados parte y respetar la diversidad inherente a cada uno de los ordenamientos nacionales que lo integran. En este sentido, la técnica judicial del margen de apreciación nacional es el instrumento por excelencia diseñado por el TEDH para alcanzar el deseable punto medio. Entre los diferentes factores que pueden determinar un margen más amplio, la jurisprudencia no ha reconocido nunca de manera explícita a la identidad nacional. No obstante, existen algunos casos en los que se puede apreciar que se toman en consideración algunos elementos que indirectamente pueden comportar una protección de la identidad nacional.

A la luz de todas estas consideraciones, y en contra de una emergente doctrina que sostiene la presencia de una figura análoga a la identidad nacional en el marco del sistema del Convenio europeo, nos inclinamos por pensar que la misma es más que dudosa. En todo caso, si existiera, la misma presentaría unos perfiles muy concretos adaptados a las características de ese sistema y con un sentido y alcance necesariamente limitado a los derechos fundamentales. Por su parte, la jurisprudencia tampoco nos ofrece una imagen nítida al respecto y, en todo caso, la protección ofrecida por el margen de apreciación nacional cuenta con escasos precedentes, es vaga, carece aún de

una sólida construcción y, sobre todo, lo hace de una manera indirecta a través de la salvaguarda de otros principios que guardan conexión con la identidad nacional.

JURISPRUDENCIA

STEDH de 20 de septiembre de 1994, asunto Otto Preminger c. Austria, 13470/87.

STEDH de 4 de diciembre de 2008, asunto Dogru c. Francia, 27058/05.

STEDH de 22 de diciembre de 2009, asunto Sejdić y Finci c. Bosnia Herzegovina, 27996/06 y 34836/06.

STEDH de 16 de diciembre de 2010, asunto A, B y C c. Irlanda, 25579/05.

STEDH de 18 de marzo de 2011, asunto Lautsi c. Italia, 30814/06.

STEDH de 1 de julio de 2014, asunto S.A.S. c. Francia, 43835/11.

BIBLIOGRAFÍA

BARDUTZKY, S., “The Strasbourg Court on the Dayton Constitution: judgment in the case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, 22 December 2009”, *European Constitutional Law Review*, núm. 6, vol. 2, 2010.

BARENTS, R., “The Court of Justice after the Treaty of Lisbon”, *Common Market Law Review*, núm. 47, vol. 3, 2010.

BARRERO ORTEGA, A., “El caso Lautsi: la cara y la cruz”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012.

BARILE, P., “Ancora su diritto comunitario e diritto interno”, en AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea costituente*, vol. VI, Vallecchi, 1969.

BERNARDI, A., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene Editore, Nápoles, 2017.

BESSELINK, L., “National and Constitutional Identity Before and After Lisbon”, *Utrecht Law Review*, núm. 6, 2010.

BOBEK, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, 2013.

BURGORGUE-LARSEN, L., “L’autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l’Homme”, *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, vol.1, 2001.

CLAES, M., “Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway”, en CLAES, M., De Visser, M. y Popelier, P. (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: actors, topics and procedures*, Intersentia, 2012.

CLOOTS, E., *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, 2015.

CRUZ VILLALÓN, P., “Unos derechos, tres tribunales”, en CASAS BAHAMONDE, M.E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución europea. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Wolters Kluwers, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L.M., “Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional”, en CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMP, P. (dirs.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, 2005.

EPSTEIN, L. y KNIGHT, J., “Constitutional borrowing and nonborrowing”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1, vol. 2, 2003.

FABBRINI, F. y POLLICINO, O., “Constitutional Identity in Italy: European Integration as the Fulfilment of the Constitution”, *EUI Working Papers LAW 2017/06*, 2017.

FABBRINI, F. y SAJÓ, A., “The dangers of constitutional identity”, *European Law Journal*, núm. 25, vol. 4, 2019.

GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derechos humanos: soberanía e integración*, Civitas, 2010.

GREER, S., *The European Convention on Human Rights. Achievement, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006.

GREWE, C. y RIDEAU, J. “L’identité constitutionnelle des États membres de l’Union Européenne: flash back sur le coming-out d’un concept ambigu”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, 2010.

GUASTAFERRO, B., “Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause”, *Yearbook of European Law*, núm. 31, vol. 1, 2012.

JACOBSON, G.J., “Constitutional identity”, *The Review of Politics*, núm. 68, 2006.

KASTANAS, E., *Unité et diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant, 1996.

LÓPEZ GUERRA, L., “National identity and the European Convention on Human Rights”, en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, 2013.

MAHORNEY, P. “Marvellous richness diversity or individual cultural relativism”, *Human Rights Law Journal*, núm. 19, vol. 1, 1998.

MARTÍ, J.L., “Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People”, en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, 2013.

MARTINICO, G., “Is It European Convention Going to Be “Supreme”? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts”, *European Journal of International Law*, núm 23, vol. 2, 2012.

MILLET, F-X., “Constitutional Identity in France: Vices and -Above All- Virtues”, en CALLIES, C. y VAN DER SCHAFF, G., *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020.

MOUTON, J-D., “Vers la reconnaissance d’un droit à l’identité nationale pour les États membres de l’Union?”, en *La France, l’Europe et le monde, Mélanges en l’honneur de J. Charpentier*, Pedone, 2008.

PESCATORE, P., *L’ordre juridique des communautés européennes*, Bruylant, 2006.

PONTHOREAU, M-C., “Identité constitutionnelle et clause européenne d’identité nationale. L’Europe à l’épreuve des identités constitutionnelles nationales”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007.

RIETLING, D., “Le droit au respect à l’identité constitutionnelle nationale”, en BARBATO, J-C. y MOUTON, J-D. (dirs.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l’Union Européenne?*, Bruylant, 2010.

ROSENFELD, M., “Constitutional identity”, en ROSENFELD, M. y SAJÓ, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

SAIZ ARNAIZ, A., “L’identité nationale et le droit de l’Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole” en BURGORGUE-LARSEN, L., *L’identité constitutionnelle saisie per les juges en Europe*, Pedone, 2011.

SAIZ ARNÁIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C., “Why Constitutional Identity Suddenly Matters: A Tale of Brave States, a Mighty Union and the Decline of Sovereignty”, en SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Amberes, 2013.

SCHABAS, W., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 902-904.

SCHÜTZE, R., “Three “Bill of Rights” for the European Union”, *Yearbook of European Law*, núm. 30, vol. 1, 2011.

SIMON, D., “L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l’Union Européenne”, en BURGORGUE-LARSEN, L. (ed.), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011.

SPIELMANN, D., “Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 14, 2012.

SZYMCZAK, D., “L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle”, en BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *L’identité constitutionnelle saisie per les juges en Europe*, Pedone, 2011.

VAN DE HEYNING, C., “No Place Like Home - Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C. y VAN NUFFEL, P. (eds.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Intersentia, 2011.

VAN DER SCHYFF, G., “EU Member State Constitutional Identity”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 76, 2016.

VIALA, A. “Le concept d’identité constitutionnelle. Approche théorique”, en BURGORGUE-LARSEN, L. (ed.), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011.

VON BOGDANDY, A. y SCHILL, S., “Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”, *Common Market Law Review*, núm. 48, vol. 5, 2011.

WEILER, J.H.H., *The Constitution of Europe. “Do the New Clothes have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, 1999.

WEILER, J.H.H., “A Constitution for Europe? Some Hard Choices”, *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, vol. 4, 2002.

WICKS, E., “A, B, C vs. Ireland: abortion law under the European Convention”, *Human Rights Law Review*, núm. 11, vol. 3, 2011.

