

EL DERECHO PÚBLICO Y LA FORMACIÓN DEL CIUDADANO: LA CUESTIÓN DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL*

SUMARIO: I. *El desarrollo del debate sobre la identidad.*
II. *Fundamentos teóricos.* III. *La política de identidad europea con base en la Constitución.* IV. *Límites de una política de identidad constitucional europea.* V. *Conclusiones.*

El derecho público fundamenta, regula y limita el poder soberano, funciones en las que suele centrarse la ciencia del derecho público; sin embargo, hay ulteriores dimensiones. Por ejemplo, se afirma que el derecho público, particularmente el derecho constitucional, puede además contribuir a la integración social perfilando la identidad de los ciudadanos.

Se hace cada vez más urgente un análisis de las potencialidades del derecho en este sentido: cuanto más heterogéneas se vuelvan las sociedades, cuanto menos integradas se encuentren por un idioma común, una historia común o una mitología común, mayores serán las expectativas asignadas al derecho, y sobre todo las atribuidas al derecho constitucional. El objeto de este trabajo es examinar esta tesis y cuestionarse sí, y de qué manera, el derecho puede efectivamente contribuir a esta tarea. La Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado abordó esta temática en su reunión anual de 2002, en la que se presentó esta contribución, que abarca aspectos filosóficos y lingüísticos, jurídico-dogmáticos y teórico-políticos.

* Conferencia dictada en el Seminario de Profesores de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Madrid, abril de 2005. Este artículo desarrolla un tema que parcialmente ya había sido tratado en mi trabajo “Constitución europea e identidad europea. potencialidades y peligros del proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 72, 2004, 25. Traducción de Mariela Morales-Antoniuzzi.

La posible integración social a través del derecho público se plantea con particular agudeza en relación a la creación de entidades políticas transnacionales. Por esa razón, el análisis desde esta perspectiva del derecho de la Unión Europea ocupa un lugar relevante en este trabajo. En este sentido, hay que resaltar el fracaso del proyectado proceso constituyente europeo, que pretendía una clara política de identidad constitucional: la ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa se interrumpió en 2007; en su lugar, solo pudo entrar en vigor el Tratado de Lisboa, esencialmente idéntico en su contenido pero desprovisto de casi toda simbología constitucional. Aunque este proyecto de crear una identidad europea a través del derecho todavía no se ha concretado, el tema conserva su actualidad.

I. EL DESARROLLO DEL DEBATE SOBRE LA IDENTIDAD

Muy pocos debates despiertan tanto interés como el debate sobre la identidad colectiva, y son muy pocos los que se enfrentan como éste lo hace a la amenaza de desmembración entre el murmullo intelectualista, la táctica política y las trivialidades científico-populares.¹ Es un tema muy atractivo, pues para muchos este fenómeno constituye el centro de unión de cualquier sociedad.² Según el *convencimiento* más difundido (destacando que no se trata de un *conocimiento*), una identidad colectiva de los ciudadanos supone una condición indispensable para el funcionamiento de una Constitución democrática.³ Algunos entienden, incluso, que ya la

¹ Niethammer, L., *Kollektive Identität. Heimliche Quellen einer unheimlichen Konjunktur*, 2000, pp. 33 y ss.

² La relación entre identidad e integración no se tematiza detalladamente; se presume una relación estrecha, así Smend, R., "Integrationslehre", en *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen y otros artículos*, 3a. ed., 1994, p. 475; *id.*, "Verfassung und Verfassungsrecht", *ibidem*, pp. 119, 136, 156.

³ El autor no comparte esta afirmación, véase von Bogdandy, A., "Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?", *VVDStRL*, 62, 2003, pp. 157, 178 y ss.; otra opinión *BVerfGE*, pp. 28, 36, 48; 40, 237, 251; 44, 125, 147; Böckenförde, E.-W., "Die Nation – Identität in Differenz", en *id.*, *Staat, Nation, Europa*, 1999, pp. 34, 37, 58; Gebhardt, J., Einleitung, en *id.* (ed.), *Verfassung und politische Kultur*, 1999, pp. 7, 9; Isensee, J., Abschied der Demokratie vom Demos, *FS Mikat*, 1989, 705, 708; Münch, R., "Europäische Identität", en *Viehoff/Segers* (eds.), *Kultur Identität Europa*, 1999, p. 223; Pache, E., "Europäische und nationale Identität durch Verfassungsrecht", *DVBl.*, 2002, pp. 1154, 1156; Weiler, J. H. H., "Federalism Without Constitutionalism:

disposición para obedecer las normas depende de una identidad colectiva de los sujetos sometidos al derecho.⁴

En tal sentido, la formación de una nación ha sido una tarea clave de las organizaciones políticas en la modernidad. Por eso no sorprende que desde los comienzos de la integración europea muchas voces consideren imprescindible la formación de una identidad colectiva europea.⁵ Piensan que sería necesaria una identificación de los ciudadanos con la organización supranacional para que ésta pueda convertirse en una comunidad política (*Gemeinwesen*) estable y duradera. Sin embargo, debido a que gran número de los contenidos de la identidad colectiva están expuestos a tendencias erosivas⁶ o a que sólo existen parcialmente en el ámbito europeo, no son pocos los que acuden a la estrategia de construir una identidad colectiva europea mediante el derecho europeo en general y una Constitución europea en particular.⁷

El concepto de identidad europea alcanza ya desde el año 1973 un rol político-constitucional decisivo. En ese año se formuló la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno sobre la identidad europea.⁸ Si bien

Europe's Sonderweg", en Nicolaidis y Howse (eds.) *The Federal Vision*, 2001, pp. 54, 67; Zürn, M., *Regieren jenseits des Nationalstaates*, 1998, p. 238.

⁴ Isensee, J., "Diskussionsbeitrag", *VVDStRL*, 54, 1995, pp. 115, 116; *id.*, "Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens", *NJW*, 1977, pp. 545, 548; Graf Kielmansegg, P., "Integration und Demokratie", en Jachtenfuchs y Kohler-Koch (eds.), *Europäische Integration*, 1996, pp. 47, 50.

⁵ Haas, E. B., *The Uniting of Europe*, 1958, p. 16; Meyer-Cording, U., "Die Europäische Integration als geistiger Entwicklungsprozeß", *AVR*, 10, 1962, pp. 42, 45, 49, 58 y ss., 68. Una acertada visión general sobre el nuevo debate la ofrece Zanichelli, M., *L'Europa come scelta*, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, p. 917.

⁶ Haltern, U., "Integration als Mythos", *JöR*, 45, 1997, pp. 31, 44 y ss., 86 y s., 159; Kirchhof, P., "Der demokratische Rechtsstaat – die Staatsform der Zugehörigen", en Isensee y Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 1997, t. IX, § 221, marginal 6, 64; en sociología véase Elias, N., *Die Gesellschaft der Individuen*, 1987, pp. 207 y ss.; Klages, H., *Traditionsbruch als Herausforderung*, 1993, pp. 253 y ss.; Heitmeyer (ed.) *Was treibt die Gesellschaft auseinander?*, 1997.

⁷ Acerca de la génesis de una comunidad política basada en un acto escrito Derrida, J., "Nietzsches Otobiographie oder Politik des Eigennamens", en Frank *et al.* (eds.), *Fugen*, *Deutsch-Französisches Jahrbuch für Textanalytik*, 1980, pp. 64, 66. En una línea más general Cruz Villalón, P., *La Constitución inédita*, 2004.

⁸ Documento sobre la identidad europea, adoptado por los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la Comunidad Europea el 14 de diciembre de 1973 en Copenhague, Serie Archivo Europa (Europa-Archiv), vol. 2/1974, D 50 (a falta

por un lado ésta se enmarca en la tradición europea, por otro lado establece una innovación conceptual de un alto significado: el término “identidad” se convierte en un concepto clave tanto para las relaciones con los ciudadanos como para la política exterior. Este concepto pasa a ocupar la posición de la soberanía, mientras que la soberanía pasa de ser un principio rector a reducirse más bien a una cuestión secundaria del derecho internacional público: un ingenioso paso en la era de la interdependencia.⁹ Así como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América contiene una declaración de derecho internacional público hacia el exterior y una declaración de legitimidad de derecho público hacia el interior, el concepto de identidad de la Declaración de 1973, y también de los tratados actuales, se dirige tanto hacia el exterior (artículo 3o., TUE) como hacia la cohesión interior a través de la parlamentarización y la ciudadanía europea.¹⁰ El limitado éxito alcanzado hasta ahora por las políticas identitarias europeas es una de las razones que explican proyectos como una Constitución europea que “permita acercar el proyecto y los órganos europeos a los ciudadanos”.¹¹

de institucionalización del Consejo Europeo, la aprobación formal correspondía a los ministros de Asuntos Exteriores).

⁹ Schmidt, G., *Identität. Gebrauch und Geschichte eines modernen Begriffs, Muttersprache*, 1976, pp. 352 y s.; respecto a este desarrollo bajo la perspectiva del derecho público internacional Dahm, G. *et al.*, *Völkerrecht*, I/1, 2a. ed., 1989, § 23 IV 1; Hobe, S., “Der kooperationsoffene Verfassungsstaat”, *Der Staat*, 37, 1998, pp. 521, 523 y ss.

¹⁰ “Cohesión” en *Eurospeak*, ministro federal Scheel, W., “Declaración del gobierno federal sobre la política europea”, *Boletín del Gobierno Federal Alemán*, núm. 109, 14 de septiembre de 1973, pp. 1081 y 1082.

¹¹ Convención Europea, Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, 18 de julio 2003, Prefacio. En adelante se denominarán los Artículos de este Proyecto (CONV 850/03 del 18 de julio 2003) como el “Proyecto de la Convención”, mientras que el documento de la Conferencia Intergubernamental (CIG 87/04 del 6 de agosto 2004) se designará como “Tratado Constitucional Europeo”. De la gran cantidad de opiniones previas, *cfr.* sólo Fischer, J., “Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration”, en la conferencia dictada el 12 de mayo 2004 en la Universidad Humboldt de Berlín; Rau, J., “Plädoyer für eine Europäische Verfassung”, conferencia del 4 de abril 2004 ante el Parlamento Europeo en Estrasburgo; una valoración de los distintos puntos de vista en Hurrelmann, A., “Verfassungspolitik als Konstruktion von Lernprozessen? Konstitutionalisierung und Identitätsbildung in der Europäischen Union”, papel de trabajo, Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung, localizable en <http://www.mzes.uni-mannheim.de/publications/wp/wp-51.pdf> (20 de julio de 2010).

No obstante, la iniciativa centrada en una identidad europea que sirva de soporte a la Unión Europea no es aceptada por unanimidad. No pocos estiman que la formación de una identidad transnacional parece sumamente problemática en razón de su repercusión sobre la identidad nacional. Más aún, como consecuencia de los notables éxitos de los esfuerzos integradores europeos a comienzos de la década de los noventa, se difundió la preocupación sobre si el surgimiento de la identidad europea podría perjudicar la identidad nacional, lo cual explica la tensión diagnosticada en la Sentencia “Maastricht” del Tribunal Federal Constitucional Alemán.¹² En el núcleo de la sentencia está no la preocupación por la soberanía alemana, sino por la identidad alemana. Ante esa preocupación, el artículo 6.3 TUE-Niza (ahora artículo 4.2 TUE), ofrece una respuesta¹³ con la cláusula de protección a la identidad.¹⁴ Ahora bien, dicha cláusula no ha sido capaz hasta ahora de aliviar esta angustia por la pérdida de la identidad nacional. Probablemente la controvertida relación entre la identidad nacional y la identidad europea continuará siendo un tema de la integración europea en el futuro. La voluntad de encontrar un equilibrio estaba expresada en el Preámbulo del Tratado Constitucional Europeo cuando establece: “convencidos de que los pueblos de Europa, sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su historia nacional, están decididos a superar sus antiguas divisiones y, cada vez más estrechamente unidos, a forjar un destino común”.

Tanto el derecho vigente como el texto del Tratado Constitucional pretenden encontrar el referido equilibrio entre la identidad nacional y la identidad europea. Pero, por supuesto, “el papel aguanta todo”. Esta contribución compila en el apartado II, bajo un panorama interdisciplinario, algunos fundamentos generales que aclaran las condiciones para una formación exitosa de una identidad colectiva a través de la recepción de los

¹² *BVerfGE*, 89, pp. 155, 186; en la terminología de la identidad está formulado por Zürn, *op. cit.*, nota 3, pp. 270, 294, 325.

¹³ Sobre la cuestión de si ya el derecho primario vigente puede definirse de manera sensata como derecho constitucional Dellavalle, S., *Una Costituzione senza popolo*, 2002, pp. 43 y ss.; Möllers, C., “Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung”, en von Bogdandy y Bast (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2a. ed., 2009, pp. 227 y ss.; Peters, A., *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2000, pp. 242 y ss., 295 y ss.; Weiler, J. H. H., “Introduction: We will do, and hearken”, en *id.*, *The Constitution of Europe*, 1999, pp. 3 y ss.

¹⁴ Hilf, M., “Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten”, *GS Grabitz*, 1995, pp. 157, 160 y ss.

conocimientos filosóficos, psicosociales y sociológicos que se pueden aplicar tanto al derecho estatal como al derecho supranacional. En el apartado III se exponen algunas propuestas concretas sobre la identidad contenida en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El apartado IV se dedica a algunos aspectos jurídico-constitucionales claves sobre una “política de identidad constitucional europea”.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1. *Aclaraciones conceptuales*

La eclosión¹⁵ surgida en la década de los sesenta con el término “identidad” ha sido criticada¹⁶ debido a la falta de precisión de las dimensiones de su significado. Identidad es un término problemático. Semejante a lo que ocurre con el término “legitimidad” —que con frecuencia lo acompaña—, la palabra identidad oscila generalmente entre el ser y el deber ser, entre la descripción y la exigencia; se le utiliza usualmente de modo *cryptonormativo*.¹⁷

De la raíz latina “idem” provienen además dos ramas de significados distintos de la palabra identidad.¹⁸ La rama más antigua se refiere a las relaciones de unidad o de comparación,¹⁹ como por ejemplo para la determinación policial de la identidad, en derecho internacional en la teoría de la identidad para la sucesión de Estados,²⁰ en la definición de identi-

¹⁵ Como “desencadenante” se considera a Erikson, E., *Identity and Life Cycle*, 1959; sobre Erikson véase Graumann, C., “Soziale Identitäten”, en Viehoff y Segers (eds.), *Kultur Identität Europa*, 1999, p. 59; Niethammer, *op. cit.*, nota 1, pp. 267 y ss.; Tugendhat, E., *Selbstbewußtsein und Selbstbestimmung. Sprachanalytische Interpretationen*, 6a. ed., 1997, p. 282.

¹⁶ Doehring, K., “Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa”, *ZRP*, 1993, pp. 98, 101; Tugendhat *op. cit.*, nota 15, pp. 283 y ss.

¹⁷ Sobre los detalles de la correspondiente teoría normativa von Bogdandy, A., *op. cit.*, nota 3, pp. 174 y ss.

¹⁸ Al respecto Schmidt, *op. cit.*, nota 9, pp. 333 y ss.; Collins, *English Dictionary*, 4a. ed., 1999, p. 767.

¹⁹ El concepto de identidad de la filosofía del siglo XIX, así como de la lógica y la matemática pertenecen a esta rama.

²⁰ Craven, M., “The Problem of State Succession and Identity of States under International Law”, *EJIL*, 9, 1998, p. 142.

dad de Carl Schmitt²¹ o en el artículo 6.3 TUE-Niza (ahora artículo 4.2 TUE). En la misma dirección se inscribe también la aplicación del término para designar las particularidades o esencias de un ser humano, de un pueblo, de un sistema jurídico.²²

La rama más joven (a su vez responsable del auge del término identidad) tiene su origen en los escritos de Sigmund Freud.²³ En contraposición con el primer significado, esta vertiente sirve para tematizar la actitud interior. La comparación o la igualación no sólo se acentúan en este contexto en una fuerte aprobación o rechazo, sino también para marcar un proceso psíquico que expresa una pertenencia, un credo.²⁴ Es con esta acepción como se emplea la palabra en el título de este trabajo así como en el artículo 4.2 TUE.

Este trabajo versa no sobre una identidad en general, sino sobre la identidad constitucional, referida a la identidad de los individuos en aspectos relacionados con el mundo social. En consonancia con las investigaciones psicosociales más recientes,²⁵ este estudio utiliza ante todo la noción de identidad social. La identidad social de un ser humano debe entenderse como la suma de las manifestaciones de la autoimagen a tra-

²¹ Schmitt, relaciona la definición de identidad generalmente con las semejanzas externas (en este sentido, *Verfassungslehre*, 1928, pp. 205, 215, 229, 235). Sin embargo, a veces Schmitt utiliza el concepto de identidad en lugar de “Nation” en la tradición francesa, de modo que el proceso de identificación subjetivo parece abordado. La definición de identidad de Schmitt continúa influyendo hoy día sobre todo en el debate sobre la homogeneidad, véase Schmitz, T., *Integration in der supranationalen Union*, 2001, pp. 301 y ss.

²² En este último sentido Häberle, P., *Europäische Rechtskultur*, 1994, pp. 9 y s.; Kirchhof, P., “Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten”, en Isensee y Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 2a. ed., 1995, t. I, § 19; Graf Vitzthum, W., *Die Identität Europas, Europarecht*, 2002, p. 1; en la ciencia política Weidenfeld (ed.), *Die Identität Europas*, 1985.

²³ Erikson, E., “Identity, psychosocial”, en Sills (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1968, t. 7, p. 61.

²⁴ Schmidt, *op. cit.*, nota 9, p. 338; en los países de habla alemana está Jürgen Habermas (véase sólo Habermas, J., *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, 1976, pp. 63 y ss., 92 y ss.) la figura clave del éxito en el campo de la teoría política, Tugendhat, *op. cit.*, nota 15, 283. Los diccionarios corrientes con frecuencia no contienen esta segunda rama del significado de identidad.

²⁵ Angelucci, O., *Zur Ökologie einer europäischen Identität*, 2003; Tajfel, H., *Human Groups and Social Categories: Studies in Social Psychology*, 1981; Moscovici, S., *La Psychanalyse, son Image et Son Public*, 1961; Farr y Moscovici (eds.), *Social Representations*, 1984.

vés de las cuales el mismo se posiciona en la sociedad y orienta su actuación frente a los otros seres humanos. La identidad social está basada en la Constitución cuando la Constitución como tal o, al menos, algunos de los institutos jurídico-constitucionales juegan un papel importante en la formación de esas manifestaciones o en los cambios que las afectan; en este sentido el presente trabajo habla de “identidad constitucional”. Un aspecto parcial de la identidad social es la identidad política.²⁶

Los fenómenos de identidad social se entienden como identidad colectiva en la medida en que estén describiendo procesos psíquicos coincidentes de los ciudadanos de un Estado (o de la Unión) y que los miembros del grupo se definan a sí mismos como miembros de ese grupo y como pertenecientes a un “nosotros”. Así, una identidad colectiva existe con la convergencia de las identidades sociales de los miembros de un grupo en la medida en que entre los miembros de ese grupo circula una imagen del grupo y los individuos se identifican con esa imagen.²⁷ Una identidad colectiva es, en consecuencia, una pertenencia social consciente y reflexiva.

2. Del texto al contenido de la identidad: cadenas de efectos y sus mecanismos

A. Identidad gracias al arraigo constitucional

El aspecto sociológico del tema “identidad a través de la Constitución” exige aclarar la interdependencia entre un texto jurídico y la manera en la que un ser humano se define como parte de la sociedad.²⁸ Esto no es sencillo toda vez que la identidad de un ser humano ni puede ser observada directamente desde fuera, ni tampoco está accesible para el

²⁶ Cerutti, S., “Identità e politica”, en *id.* (ed.), *Identità e politica*, 1996, 5, pp. 13 y s.

²⁷ Sobre los problemas epistemológicos Neumann, U., “Wissenschaftstheorie und Rechtswissenschaft”, en Kaufmann y Hassemer (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6a. ed., 1994, pp. 422, 430 y ss.

²⁸ Ello exige acudir a los conocimientos filosóficos, psicológicos y sociológicos, en detalle Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, especialmente pp. 57 y ss.; *id.*, “Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells”, *JZ*, 1992, pp. 1033; Haltern, U., “Finalität”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 13, pp. 279 y ss., 288 y ss.

propio sujeto en una contemplación interna directa. La filosofía analítica muestra que la pregunta “¿quién soy yo?” no es de naturaleza teórica sino por el contrario práctica: se trata de la propia vida y su actuación inminente.²⁹ Ello confirma la expresión coloquial cuando fulano le dice a Zutano: “pero tú me conoces a mí”, que como regla general significa: “tú sabes como yo actuaría en la situación x”. Dado que la vida y la actuación se desarrollan bajo la perspectiva relacional con respecto a otros seres humanos, la identidad sólo puede construirse en relación y con la ayuda de otros seres humanos: la identidad gira constitutivamente sobre la intersubjetividad. A esta visión fundamental le concede Hegel su más famosa expresión: “El yo que es nosotros y el nosotros que es el yo”.³⁰

Las conexiones intersubjetivas están marcadas por roles como propuestas que ofrecen un sentido, de modo que la identidad de un individuo se desarrolla de manera decisiva mediante sus roles en la sociedad.³¹ Por su parte, los roles constan de un conjunto de normas sociales, lo cual permite vislumbrar la relevancia de la Constitución para la identidad: toda vez que numerosos roles se estabilizan y a veces incluso se graban a través del derecho, existe un camino importante, si bien indirecto, para la construcción de la identidad a través de la Constitución, esto es, penetrar en el derecho que determina los roles que se desempeñan en la sociedad. La constitucionalización del ordenamiento jurídico³² gana así una significativa dimensión adicional.

Indudablemente, la identidad de un ser humano no puede deducirse sólo a partir de sus roles. El individuo se puede identificar con un rol

²⁹ Tugendhat, *op. cit.*, nota 15, pp. 38, 189.

³⁰ Hegel, G. W. F., *Phänomenologie des Geistes*, 1807 (distribución Hoffmeister, 6a. ed., 1952), p. 140; al respecto Valls Plana, R., *Del yo al nosotros*, 1979; Dellavalle, S., *Freiheit und Intersubjektivität*, 1998, pp. 135 y ss., 165 y ss. Este conocimiento fundamental se encuentra en distintas formulaciones teóricas, muy influyente Smend, *op. cit.*, nota 2, pp. 125, 136, 189, 219 y ss. Sobre la concepción del Tribunal Constitucional Federal Bumke, C., “Der gesellschaftliche Grundkonsens im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en Schuppert y Bumke (eds.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, pp. 197, 203 y s., 207 y ss.; por último BVerfGE, 109, pp. 279, 318.

³¹ Tugendhat, *op. cit.*, nota 15, pp. 262, 268 y s.; perplejamente parecido BVerfGE, 96, pp. 152, 164.

³² Detalladamente Alexy, R. *et al.* “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL*, 61, 2001, pp. 7, 34, 75, 115; Schuppert, G. S. y Bumke, C., *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, pp. 9 y ss.

adoptado, pero no “debe” identificarse con ese rol. Cuando fulano le dice a zutano: “yo no soy yo mismo”, quiere decir en pocas palabras: “yo vivo una vida y desempeño roles que no me satisfacen”. Por eso es importante la libertad de elección de cada uno de los roles. Además cada persona ejecuta sus roles de acuerdo a su propia manera, pues con frecuencia los forma en situaciones de conflicto.³³ Precisamente este último aspecto es esencial para muchos seres humanos en sus exigencias hacia la unicidad y originalidad en el contexto de la cultura occidental contemporánea.³⁴ Este impulso hacia la expresividad conduce hasta la presunción equivocada de suponer en un “yo” interno la fuente de uno mismo y la norma del propio ser, lo cual puede llevar a subestimar la importancia que tienen para la propia identidad los roles practicados en la sociedad.

B. *La identidad social como construcción social:
el “diccionario de la identidad colectiva”*

Estos conocimientos filosóficos corresponden al “state of the art” en las ciencias más empíricas.³⁵ Sobre esta base, la psicología social más reciente añade otros conocimientos relevantes para la teoría constitucional en cuanto a la formación de la identidad social en dinámicas de grupo.³⁶ Identidad social, y con ella una identidad nacional o europea, requiere la identificación con un grupo propio y la delimitación frente a otros grupos ajenos.³⁷ Esto confirma el establecimiento de una identidad europea hacia el exterior, conforme al artículo 3o., TUE, como un momento imprescindible para la construcción de la identidad europea. De esta manera se corroboran las ideas tradicionales para la constitución de los grupos. Sin embargo, las nuevas investigaciones exigen una reorientación en un aspecto concreto: mientras algunos se basan en la idea difundida sobre la

³³ Tugendhat, *op. cit.*, nota 15, p. 242.

³⁴ Taylor, C., *Wieviel Gemeinsinn braucht die Demokratie?*, 2002, pp. 273 y ss.; más completo *id.*, *Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität*, 1994, pp. 639 y ss.

³⁵ Clásico Mead, G. H., *Mind, Self and Society*, 1934; en la literatura alemana Mummendey y Simon (eds.) *Identität und Verschiedenheit. Zur Sozialpsychologie der Identität in komplexen Gesellschaften*, 1997.

³⁶ Las explicaciones siguientes se basan en Angelucci, *op. cit.*, nota 25.

³⁷ No es necesaria la enemistad, pero si tiene una poderosa influencia, véase Schmitt, C., *Der Begriff des Politischen*, 6a. ed., 1996, pp. 26 y ss., 29 y ss., 50 y ss.

necesidad de contenidos afectivos para un “sentimiento del nosotros”,³⁸ las investigaciones más novedosas consideran que no se requieren lazos afectivos positivos entre los miembros de un grupo. Lo decisivo para la formación de un grupo y su correspondiente identidad social es solamente la percepción colectiva de pertenencia a la misma categoría social.

La atención debe dirigirse así hacia los mecanismos psíquicos de la percepción colectiva de pertenencia. Una identidad social entendida como constitutiva de grupos se basa en procesos paralelos de clasificación. Estos procesos se efectúan mediante la facilitación comunicativa de contenidos. La idea esencial es la siguiente: cada identidad social y con ello cada grupo es fruto de una “narración” pública, de una construcción social. Cada identidad social se forma a partir de un número —con frecuencia bien reducido— de “inscripciones” en una especie de “diccionario colectivo” (en un sentido metafórico) que es válido para cada grupo y cada miembro lo conoce y confía en él.³⁹ El “diccionario” puede estar grabado en granito o escrito con tiza en el pizarrón; dependiendo de ello las características que definen al grupo son estables o no. Quien logra escribir en ese “libro”, forma la identidad social e interviene en la formación del grupo.⁴⁰ En este camino han resultado exitosas, en muchos casos, las políticas públicas de identidad cuando se han manejado con suficiente aliento y con contenidos apropiados.⁴¹ Parece que en la España de los úl-

³⁸ Weiler, J. H. H., “To be a European citizen: Eros and civilization”, en *id.*, *op. cit.*, nota 13, pp. 324, 338 y s.; Haltern, U., “Europäischer Kulturkampf”, *Der Staat*, 37, 1998, pp. 591, 620; Zürn, *op. cit.*, nota 3, pp. 257, 348.

³⁹ Sobre la extendida utilización de la metáfora “diccionario” véase, por todos, Ceruti y Rudolph (eds.), *Un'anima per l'Europa. Lessico di un'identità politica*, 2002.

⁴⁰ Este resultado lo confirman otras tradiciones teóricas, véase Assmann, J., *Das kulturelle Gedächtnis*, 3a. ed., 2000, pp. 130 y ss.; Koselleck, R., “Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte”, en *id.*, *Vergangene Zukunft*, 1979, pp. 107, 108; Ricoeur, P., “Reflections on a new ethos for Europe”, *Philosophy and Social Criticism*, 21, núm. 5-6, 1995, pp. 3, 6 y ss.; Wodak, R. *et al.*, *Zur diskursiven Konstruktion nationaler Identität*, 1998, especialmente pp. 41 y ss. De forma plástica Gellner, E., *Nationalismus und Moderne*, 1995, p. 56: “En la base del orden social moderno no está el verdugo, sino el profesor”.

⁴¹ Anderson, B., *Die Erfindung der Nation*, 1996; Deutsch, K., *Nationenbildung – Nationalstaat – Integration*, 1972; Gellner, *op. cit.*, nota 40; Hobsbawm, E., *Nationen und Nationalismus*, 2a. ed., 1992; Schulze, H., *Staat und Nation in der europäischen Geschichte*, 2a. ed., 1995; Sandner, G., “Hegemonie und Erinnerung: Zur Konzeption von Geschichts- und Vergangenheitspolitik”, *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 30, 2001, pp. 5, 7 y ss.

timos 25 años se encuentran importantes ejemplos en cuanto a las identidades regionales.

3. *Identidad mediante el derecho constitucional: una evaluación de su potencial eficacia*

Las investigaciones sobre el nacionalismo y la sociología histórica conceden poca atención al posible registro de la “Constitución” o de algunos principios constitucionales en el referido “diccionario”. No obstante, una Constitución puede fundar identidad. El significado de una Constitución en la formación de la identidad se puede comprender mejor cuando se distingue entre la identidad constitucional *directa o inmediata* y la *indirecta o mediata*. Una Constitución tiene efectos directos o inmediatos en la construcción de la identidad cuando ella *misma*, circulando en el ámbito público relevante para los grupos, opera como *criterio rector* en los procesos decisivos de identificación, lo cual requiere que una amplia mayoría de ciudadanos vea en la Constitución como tal, o en principios constitucionales concretos, el fundamento de su pertenencia al grupo o sus disposiciones de actuación.⁴²

El derecho constitucional colabora de manera *mediata* en la construcción de la identidad, cuando crea o configura criterios determinantes del comportamiento humano, como por ejemplo cuando el derecho constitucional determina y cambia normas jurídicas que influyen en ciertos roles.⁴³ Otro papel mediato que juega la Constitución en la formación de la identidad resulta de su contribución a la operatividad de la democracia, la transparencia, el Estado de derecho y la eficiencia de un sistema político, que en razón de “estas cualidades” forma la identidad social.⁴⁴

⁴² Esta es una percepción extendida de la situación norteamericana, von Hippel, E., *Allgemeine Staatslehre*, 2a. ed., 1967, pp. 357 y s.

⁴³ Un ejemplo de la influencia de la Constitución para caracterizar la identidad lo ofrece la igualdad jurídico-constitucional del hombre y la mujer en el matrimonio (en detalle Sacksofsky, U., *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2a. ed., 1996, pp. 79 y ss., 392 y ss.), que tiene una influencia notable sobre la identidad actual del cónyuge. Algo parecido podría ser válido para el Derecho de la Unión acerca de la identidad de los ciudadanos de la Unión en otros Estados miembros.

⁴⁴ Zuleeg, M., “What holds a Nation Together?”, *AJCL*, 45, 1997, pp. 505, en especial 522.

El fuerte acento constitucional del discurso público en la República Federal Alemana permite suponer que la Ley Fundamental configura un “registro” en el “diccionario de la identidad alemana” y con ello influye directamente en la formación de la identidad.⁴⁵ Si se tiene en cuenta la centralidad de Europa en el debate público alemán, se puede presumir que ser miembro de la Unión Europea constituye un “registro” jurídico-constitucional con base en el artículo 23, GG, es decir, la identidad alemana está europeizada.⁴⁶ Con la mirada puesta en una genuina identidad europea hay que enfatizar que, mientras tanto, se ha creado un “diccionario de la identidad europea”, aunque las inscripciones sean todavía poco numerosas y débiles.⁴⁷ Los intensos debates públicos que hasta ahora han acompañado la preparación y la ratificación del Tratado Constitucional Europeo hacen posible presumir que, en el caso de la Constitución Europea, podría tratarse de un registro en proceso de formación.

En consecuencia parece viable, a medio plazo, el proyecto político de contribuir a la formación de una identidad europea mediante un texto constitucional europeo explícito. Para alcanzar este objetivo, la perspectiva social constructivista recomienda, en primer lugar, superar todo lo difuso que represente un obstáculo para definir la identidad, resultando

⁴⁵ En el diario *Frankfurter Allgemeine Zeitung* se encuentran en el año 2001, 800 contribuciones que contienen la palabra “Grundgesetz” (Ley Fundamental), en al año 1998 fueron 677. Las palabras “Europäische Verfassung” (Constitución Europea) aparecen en el año 2001 en 116 artículos. En el periódico *Süddeutsche Zeitung* aparecen en el año 2001, 678 artículos con la palabra “Grundgesetz” y 65 artículos con las palabras “Constitución Europea”. En relación al papel de la Ley Fundamental Gebhardt, J., “Verfassungspatriotismus als Identitätskonzept der Nation”, *Aus Politik und Zeitgeschichte B* 14/93, pp. 31, 33 y s.; Lepsius, M. R., *Interessen, Ideen und Institutionen*, 1990, pp. 63, 77 y s.

⁴⁶ Waever, O., “The EU as a Security Actor”, en Kelstrup y Williams (eds.), *International Relations Theory and the Politics of European Integration*, 2000, pp. 250, 268 y s., quien se aferra a la idea de que Alemania tiene “the most far-reaching internationalization of state identity”, p. 271. Así, en el primer discurso de un Canciller alemán ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el punto central lo ocupó una “declaración a favor de una nación europea”, Brandt, W., “Discurso del 26 de septiembre de 1973”, *Boletín del Gobierno Federal Alemán*, núm. 119, 27 de septiembre de 1973, p. 1173.

⁴⁷ Pueden encontrarse datos pormenorizados que dan prueba de ello en las encuestas del “Eurobarómetro” http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_arch_en.htm (20 de julio 2010); acerca del “diccionario de la identidad europea” en detalle Angelucci, *op. cit.*, nota 25; Cerutti, *op. cit.*, nota 26, pp. 31 y ss.; las contribuciones en Viehoff y Segers, *op. cit.*, nota 15; Peters, *op. cit.*, nota 13, pp. 709 y s.

necesario clarificar la organización de los órganos de la Unión así como las relaciones interórganos.⁴⁸ Además es aconsejable consagrar en el texto constitucional⁴⁹ algunos contenidos apropiados para la identidad con un alto nivel de abstracción, de manera que permitan procesos paralelos de clasificación, pero que los disensos permanezcan ocultos.⁵⁰ El Preámbulo y los artículos I-1 al I-3 del Tratado Constitucional Europeo evidentemente están inmersos en esa concepción. Por lo demás, estos contenidos deben establecerse con carácter central y permanente en el ámbito público, lo cual demanda una operatividad jurídica y social completa: meras declaraciones políticas no son suficientes, como era el caso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁵¹

Todavía queda abierta al debate la cuestión de si, y en caso afirmativo en qué medida, resulta *necesaria* una identidad colectiva para una comunidad política. Es una perogrullada que una comunidad liberal-democrática sólo pueda funcionar cuando no se desintegra irreconciliablemente en agrupaciones religiosas, éticas o sociales.⁵² Para evitarlo se requiere, sin embargo, menos que una identidad colectiva, ni siquiera una concepción común del buen vivir. Otras suposiciones en esta materia son por regla general de naturaleza axiomática y partes integrales de concepciones

⁴⁸ Es recomendable una orientación de la democracia consensual, Oeter, S., “Föderalismus und Demokratie”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 13, pp. 73, 112 y ss.

⁴⁹ Möllers, *op. cit.*, nota 13, 227 y ss.; respecto a la función de manifiesto de las Constituciones Frankenberg, G., “Die Rückkehr des Vertrags”, en *FS Habermas*, 2001, pp. 507, 513 y ss.

⁵⁰ Neidhardt, S., “Formen und Funktionen gesellschaftlichen Grundkonsenses”, en Schuppert y Bumke (eds.) *op. cit.*, nota 30, pp. 15, 27 y s.; en cuanto al papel de los principios Fuchs, D., “Demos und Nation in der Europäischen Union”, en Klingemann y Neidhardt (eds.), *Zur Zukunft der Demokratie*, 2000, pp. 215, 230 y ss.; en relación con las funciones sociales de las declaraciones con alto grado de abstracción Degenkalbe, G., “Über logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln”, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 17, 1965, pp. 327, 333 y ss.

⁵¹ Para la época, en referencia a las expectativas sobre la Carta de Derechos Fundamentales, Pache, E., “Die europäische Grundrechtscharta”, *EuR*, 2001, pp. 475, 478; Pernice, I., “Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union”, *DVBl.*, 2000, pp. 847, 848 y s., 859; Szyssczak, E., “Protecting Social Rights in the European Union”, en Eide *et al.* (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, 2001, pp. 493, 502; dubitativo von Bogdandy, A., “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union”, *CML Rev.*, 37, 2000, p. 1307.

⁵² Heller, H., “Politische Demokratie und soziale Homogenität”, en *id.*, *Gesammelte Werke*, 1971, t. 2, p. 421.

“comunitaristas”, que le asignan un alto valor al sentido común.⁵³ En este aspecto el autor de estas líneas no ha encontrado una argumentación “convinciente”, pero sí advertencias plausibles acerca de que con facilidad se sobreestima la necesidad social de una identidad colectiva,⁵⁴ lo que pone en dudas las exigencias de homogeneidad.⁵⁵

Una exitosa socialización puede igualmente producirse bajo las premisas del conflicto y las diferencias, como lo muestran tanto Dahrendorf⁵⁶ en sociología como Frankenberg⁵⁷ en la teoría constitucional. Según ellos, solamente se requiere la conquista civilizadora general de una conducta conforme al derecho⁵⁸ así como procedimientos suficientemente complejos de la formación de voluntad del poder público.⁵⁹

III. LA POLÍTICA DE IDENTIDAD EUROPEA CON BASE EN LA CONSTITUCIÓN

1. *El esbozo de un “nosotros” en el Tratado Constitucional Europeo*

En el Proyecto de Constitución presentado por la Convención (Proyecto de la Convención) y en el documento de la Conferencia Intergubernamental (Tratado Constitucional Europeo) se encuentran muchos

⁵³ La problemática del concepto de identidad radica sobre todo en que el concepto parece descriptivo o analítico, donde parecieran esconderse estas premisas normativas.

⁵⁴ Neidhardt, *op. cit.*, nota 50, pp. 15, 16 y s., 26 y s.; Bohle, H. H. *et al.*, “Anomie in der modernen Gesellschaft”, en Heitmeyer, *op. cit.*, nota 6, pp. 29 en especial 54 y ss.; Dahrendorf, R., *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, 1965, pp. 161 y ss., pp. 174 y s.; Denninger, E., “Integration und Identität”, *KJ*, 2001, pp. 442, 447.

⁵⁵ Böckenförde, E.-W., “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, en *id.*, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, pp. 92, 112; *id.*, “Demokratie als Verfassungsprinzip”, en *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2a. ed. 1992, pp. 289, 332 y s.

⁵⁶ Dahrendorf, R., *Der moderne soziale Konflikt*, 1992, pp. 50 y ss., 282 y ss.

⁵⁷ Frankenberg, G., *Die Verfassung der Republik*, 1997, en especial pp. 32 y ss., 133 y ss., 213 y ss.; *id.*, “Tocquevilles Frage. Zur Rolle der Verfassung im Prozeß der Integration”, en Schuppert y Bumke, *op. cit.*, nota 30, pp. 31, 44 y ss.; véase también Denninger, E., *Staatsrecht I*, 1973, pp. 12, 26 y s.

⁵⁸ Ello implica un alto nivel de civilización Nietzsche, S., “Zur Genealogie der Moral”, en *id.*, *Jenseits von Gut und Böse* (distribución *Schlechta*), 1984, pp. 213, 239 y ss., 255 y ss.

⁵⁹ Bajo estas premisas debe continuar desarrollándose el sistema institucional de la Unión, Everling, U., “Die Europäische Union als Föderaler Zusammenschluss von Staaten und Bürgern”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 13, pp. 961 y ss.

elementos que pueden entenderse como propuestas para la formación de una identidad europea: se presentan elementos que forman un pasado común, un futuro común y una delimitación de los ciudadanos de la Unión como grupo. Estos elementos han sido desarrollados en mi artículo anterior, al cual se remite al lector para ilustrar lo antes afirmado.⁶⁰ Aquí se pretende únicamente destacar una diferencia importante entre el Proyecto de la Convención y el documento de la Conferencia Intergubernamental.

Una ojeada a la investigación sobre el nacionalismo muestra que un “registro” que se repite de manera importante en el “Diccionario de la identidad colectiva”⁶¹ está representado por una historia común. El Proyecto de la Convención y el Tratado Constitucional Europeo, del mismo modo que muchas de las nuevas Constituciones de Europa Central emplean el Preámbulo para suministrar los puntos cardinales de tal relato. En este punto se aprecia una diferencia notable entre el Proyecto de la Convención y el documento aprobado por la Conferencia Intergubernamental para su ratificación (Tratado Constitucional Europeo). El Proyecto de la Convención dio al origen común de los europeos un punto de confluencia, evocando con la cita de *Tucídides* a la “Grecia antigua” que para la mayoría de los europeos alberga un mito. En el documento de la Conferencia Intergubernamental (Tratado Constitucional Europeo) no se encuentra ninguna información en este sentido. En su lugar, el Preámbulo comienza mencionando a los jefes de Estado, lo cual manifiesta un fundamento en los Estados miembros actuales y no en un mito lejano. Seguidamente, el Preámbulo hace una vaga declaración en favor de “la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa”. A diferencia del Proyecto de la Convención, no se evoca una “edad de oro” que tendría la cualidad de un mito. El pasado al cual se vincula el Tratado Constitucional Europeo de la Conferencia Intergubernamental es otro, que en gran parte falta en el Proyecto de la Convención.

En el Proyecto de la Convención no se encuentra una referencia inequívoca a la génesis de la integración europea que al mismo tiempo pueda ofrecer una respuesta a la pregunta de su “por qué”: la experiencia de

⁶⁰ Cfr. von Bogdandy, A., “Constitución Europea e Identidad Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 72, 2004, pp. 25, 30 y ss.

⁶¹ Anderson, B., *Die Erfindung der Nation*, 1996; Deutsch, K., *Nationenbildung – Nationalstaat – Integration*, 1972; Gellner, *op. cit.*, nota 40; Hobsbawm, *op. cit.*, nota 41; Schulze, H., “Staat und Nation in der europäischen Geschichte”, 2a. ed., 1995.

las catástrofes del siglo XX, y sobre todo de la Segunda Guerra Mundial. Los arquitectos de Europa emergieron de este abismo con la firme voluntad de evitar que algo parecido volviera a suceder en el futuro.⁶² Es verdad que por un lado en el Preámbulo del Proyecto de la Convención se mencionan las “antiguas divisiones” que hay que superar, y que por otro lado el artículo I-3.1 del Tratado Constitucional Europeo establece como objetivo de la Unión “promover... la paz”. Ambas son, sin embargo, declaraciones débiles y abstractas, que no aprovechan la fuerza ilustrativa y persuasiva inherente a las catástrofes mencionadas.

En cambio el Preámbulo de la Conferencia Intergubernamental ofrece una redacción sencilla que aporta un punto de fundamentación útil con base en un recuerdo histórico común. Se destaca lo siguiente: “Convenidos de que Europa, ahora reunida tras dolorosas experiencias, se propone avanzar por la senda de la civilización (...)”.⁶³ Con la expresión “dolorosas experiencias”, el texto contiene un punto de conexión vivencial que emerge en innumerables narraciones familiares y que permite fijar los recuerdos de los acontecimientos catastróficos del siglo XX como un pasado común dotado de sentido. Ciertamente, esta formulación de “dolorosas experiencias” contiene sólo una interpretación mínima, ya que no hace alusión a los sucesos, ni nombres, ni tampoco se asignan responsabilidades. Sin embargo, no debe subestimarse la capacidad que tiene el suelo común en las “experiencias dolorosas” para evocar un recuerdo histórico común. Las “experiencias dolorosas” podrían ser finalmente más firmes que el mito glorioso pero lejano de Grecia.

2. Órganos políticos y participación política

El concepto de identidad en la Declaración de 1973 postula la construcción de instituciones que posibilitan la participación política en el ámbito europeo y de ese modo conduzcan procesos de identificación. En especial debe mencionarse al Parlamento Europeo (artículo 10.2 TUE, artículos 223 y ss. TFUE), los partidos europeos (artículo 10.4 TUE, artículo 224 TFUE) así como los contenidos políticos de la ciudadanía eu-

⁶² Preámbulo del TCECA, Tratado de 18 de abril de 1951 (BGBl. 1952, parte II, p. 447), quinto Considerando; Everling, *op. cit.*, nota 59, pp. 961 y ss.

⁶³ En la versión alemana se habla de “unificación”, evitando el eufemismo “reunificación”, como en la versión castellana, en inglés “reunited after bitter experiences”; en francés (“l’Europe, désormais réunie”); en italiano (“l’Europa, ormai riunificata”).

ropea (artículo 9o. TUE, artículo 20 TFUE). Los esfuerzos realizados hasta ahora en este campo han tenido escaso éxito.⁶⁴

Una razón esencial de la distancia que separa a la Unión de los ciudadanos se encuentra en su opacidad y su carácter abstracto. La mayoría de los ciudadanos de la Unión no está familiarizada ni siquiera con la lógica básica de los procedimientos políticos. Tampoco las actuaciones en los procedimientos políticos pueden atribuirse concretamente a las personas responsables. Estas carencias afectan la formación de la identidad, dado que en un sistema político democrático-liberal se facilita la identificación por parte de los ciudadanos, siempre que los procedimientos de decisión política sean fáciles de comprender y la responsabilidad del resultado se pueda atribuir de forma personal. Ésa es una de las razones de la transformación de los sistemas políticos europeo-occidentales, cuyo centro ha dejado de ser el Parlamento, para centrarse en el gobierno y sobre todo en el jefe de gobierno.⁶⁵

Según el Prefacio del Proyecto de la Convención, éste “simplifica el proceso decisorio” y se “hace más transparente y comprensible el funcionamiento de las instituciones europeas”. Quizás sea así en lo concerniente a la ampliación del procedimiento de codecisión y a la nueva concepción de votación en el Consejo, aunque la variedad de procedimientos, como queda de manifiesto especialmente en la Parte III del Tratado Constitucional Europeo, no han sufrido cambios. Mucho de lo que a primera vista parece una simplificación que fomenta la transparencia, por ejemplo, las formas de actuación (artículos I-32 a I-36 del Proyecto de la Convención, artículos I-33 a I-37 del Tratado Constitucional Europeo), a la hora de su aplicación podría conducir a ulteriores faltas de transparencia y, por consiguiente, defraudaría las expectativas. Pero, sobre todo, el amplio blindaje de la institución política más poderosa, el Consejo Euro-

⁶⁴ Sobre los contenidos políticos Kadelbach, S., “Unionsbürgerschaft”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 13, pp. 611 y ss., sobre la práctica ciudadana Wiener, A., “Institutionen”, en von Bogdandy, A. (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 121 y ss.

⁶⁵ Von Beyme, K., “Die Entstehung des Ministerpräsidentenamtes in den parlamentarischen Systemen Europas”, *PVS*, 10, 1969, pp. 249 y ss.; *id.*, *Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa*, 1970, pp. 589 y ss.; López Guerra, L., “La posición constitucional del gobierno”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (ed.), *Gobierno y administración*, 1988, p. 17; *id.*, “Considerazioni sulla preminenza del potere esecutivo”, en Rolla (ed.), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, 1991, p. 75; von Bogdandy, A., *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, pp. 129 y ss.

peo, en relación a los mecanismos de responsabilidad política y jurídica es nocivo para la formación de la identidad constitucional, debido a que de esa manera se socava la supremacía de la Constitución.⁶⁶ Además parece quedar el interrogante acerca de si se podrá lograr una personalización convincente de la política europea en el triángulo constituido por el presidente del Consejo Europeo (artículo I-21), el presidente de la Comisión (artículo I-26) y el ministro de Exteriores (artículo I-27), así como la posibilidad de una prolongación de las presidencias del Consejo (artículo I-23.4); o si más bien surgirán pugnas por las competencias, produciendo distanciamiento con los ciudadanos. Igualmente sigue estando poco clara la existencia de otras condiciones necesarias para una personalización convincente de la política europea —piénsese por ejemplo en la cuestión concerniente a los idiomas—.

En la tradición republicana, un factor esencial para la construcción de la identidad colectiva es la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad política.⁶⁷ La Unión intenta transitar este camino: el título VI de la parte I del Tratado Constitucional Europeo relativo a “La vida democrática” incluye una serie de normas orientadas a la construcción de una identidad por medio de la participación política. La cuestión de si estas normas pueden convertirse, y en qué medida, en la bisagra para la creación de un extendido hábito ciudadano de participación política en el proceso político europeo, es probablemente la más discutida en el debate sobre la naturaleza y el futuro de la Unión Europea.

IV. LÍMITES DE UNA POLÍTICA DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA

1. *Derechos fundamentales*

La expresión normativa más significativa de la Europa moderna son los ordenamientos jurídicos bajo los cuales todo los seres humanos son,

⁶⁶ Sin embargo, debe notarse también en este punto una mejoría: a diferencia de lo establecido en el Proyecto de la Convención, ahora por lo menos está prevista en el artículo III-365.1 del Tratado Constitucional Europeo que son impugnables “los actos... del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”.

⁶⁷ Por todos Frankenberg, *op. cit.*, nota 57; además, Denninger, *op. cit.*, nota 57; con conclusiones semejantes, Leisner, W., “Der europarechtliche Einigungszwang”, *JZ*, 2002, pp. 735, 740 y ss. En esta línea también de modo muy gráfico, Siedentop, L., *Democracy in Europe*, 2000, 25 y ss.

en principio, libres e iguales.⁶⁸ En la edad contemporánea es fundamental para conocer la conciencia del poder de elección, pero también, la del destino de deber vivir esta libertad.⁶⁹ Los derechos fundamentales no han provocado esta situación por sí solos, pero con frecuencia la han acompañado. La historia, la formulación y la sistemática los confirman como instrumentos de protección frente a identidades impuestas.⁷⁰

Una excepción la constituye la identidad referida a la comunidad política: el Estado nacional, incluso el Estado republicano-democrático, aparte de no ofrecer protección, muy a menudo reclama la identificación de los ciudadanos.⁷¹ En los sistemas nacionales es un tema muy controvertido hasta qué punto las Constituciones nacionales permiten una tal política del poder.⁷² A la Unión, en todo caso, le está prohibido exigir de “manera contundente” una identificación. Cada exigencia de identificación choca con el ámbito de protección de la libertad de conciencia, es decir, con el artículo II-70.1 del Tratado Constitucional Europeo y con el artículo 9.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, debido a que una pretensión de identificación afecta a los individuos en su concepción del “buen vivir” y de las razones morales de su actuación.⁷³ Ya para el ámbito estatal el

⁶⁸ Kant, I., “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, en *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik* (ed. 1964), pp. 67, 86 y s.; Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, Theorie Werkausgabe, 1970, t. 7, §§ 4, 36; Siedentop, *op. cit.*, nota 67, pp. 200 y s.

⁶⁹ Al respecto Henrich, D., *Eine Republik Deutschland*, 1990, p. 24. En detalle Heidegger, M., *Sein und Zeit*, 17a. ed., 1993, §§ 40, 41, pp. 180 y ss., en especial pp. 188, 191 y s.; Sartre, J. P., *Das Sein und das Nichts*, 1993, pp. 833 y ss., en particular pp. 838, 950 y ss.

⁷⁰ Detallado y crítico Hellermann, J., *Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte*, 1993, pp. 20 y ss.; sobre las numerosas cuestiones jurídicas básicas relacionadas con la inmigración proveniente de otros grupos culturales Britz, G., *Kulturelle Rechte und Verfassung*, 2000, pp. 109 y ss.

⁷¹ Piñese sólo en los cuadros de J. L. David und J. H. Füssli. Sobre esto Eagleton, T., *Was ist Kultur?*, 2001, p. 72.

⁷² En más detalle, von Bogdandy, A., *op. cit.*, nota 3, pp. 174 y ss.

⁷³ Böckenförde, E.-W., “Das Grundrecht der Gewissensfreiheit”, en *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, pp. 219, 226 y s., 241 y s.; Mager, U., en von Münch y Künig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 5a. ed., 2000, t. I, artículo 4a., marginal 22 al final; sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos Frowein, J., en *id.* y Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2a. ed., 1996, artículo 9o., marginal 3 y s.; Blum, N., *Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Artikel 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1990, pp. 154 y ss.

Convenio Europeo de Derechos Humanos establece límites estrictos.⁷⁴ En este sentido existe un abismo entre la exigencia de la obediencia al derecho o el reconocimiento del ordenamiento jurídico, por una parte,⁷⁵ y por la otra, la exigencia de un credo constitucional o una identidad constitucional.⁷⁶

Ni el derecho europeo vigente ni la planificada Constitución mencionan deberes de identificación o de lealtad,⁷⁷ con lo cual se establecen límites estrictos al derecho secundario en cuanto a la exigencia de requisitos de identificación o de credo. Las suposiciones sobre la necesidad de identificación para garantizar la estabilidad de un sistema político tienen poca validez como argumentos para limitar la libertad. Los derechos fundamentales europeos protegen una amplia libertad sobre la determinación y expresión de la propia identidad social de cada individuo. Con ello, los derechos fundamentales garantizan además la apertura de la narración pública de “quienes somos nosotros” e impide que se grave en granito el “Diccionario de la identidad europea”.

⁷⁴ Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) del 30 de enero de 1998, *Unified Communist Party of Turkey (TBKP) et al. / Turquía*, Appl. Nr. 19392/92, marginal 57 (prohibición de un partido de la minoría kurda solamente en razón del programa); Sentencia de la CEDH del 10 de julio de 1998, *Sidiropoulos et al. / Grecia*, Appl. Nr. 26695/95, marginal 44 (rechazo de la inscripción de una asociación de la minoría macedónica); Sentencia de la CEDH del 8 de diciembre de 1999, *Partido para la paz y la democracia (Özdep) / Turquía*, Appl. Nr. 23885/94, marginal 44 (prohibición de un partido de la minoría kurda); Sentencia de la CEDH del 2 de octubre de 2001, *Stankov y the United Macedonian Organisation Ilinden / Bulgaria*, Appl. Nrs. 29922/95 y 29225/95, Marginal 102 (rechazo de la inscripción de una asociación de la minoría macedónica); comparar también Sentencia de la CEDH del 20 de diciembre de 2001, *Gorzelik et al. / Polonia*, Appl. Nr. 44158/98; Sentencia de la CEDH del 15 de noviembre de 1996, *Ahmet Sadik / Grecia*, Appl. Nr. 18877/91; acerca de la jurisprudencia Ringelheim, J., “Identity Controversies Before the European Court of Human Rights: How to Avoid the Essentialist Trap?”, *German Law Journal*, vol. 3, núm. 7, 1o. de julio de 2002, marginal 15, localizable en <http://www.germanlawjournal.com>. También es conocida la problemática de la exigencia de credo para los funcionarios alemanes bajo los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de la CEDH del 26 de Septiembre de 1995, *Vogt / Alemania*, marginal 59 s., EuGRZ 1995, 590.

⁷⁵ Esta exigencia no parece ser problemática, siempre que se trate de una comunidad política organizada democráticamente y que se garantice la libertad de emigración.

⁷⁶ Böckenförde, *op. cit.*, nota 73, pp. 200, 284 y s.; *id.*, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, pp. 24 y ss.

⁷⁷ Kadelbach, *op. cit.*, nota 64, pp. 611 y ss. Por el contrario, la Constitución irlandesa regula explícitamente deberes de lealtad, véase artículo 9.2 de la Constitución de la República de Irlanda del 1o. de julio de 1937 en la versión del 2 de diciembre de 1999.

Sin embargo, el derecho vigente de la Unión consagra una serie de *propuestas* en materia de identificación y algunas competencias, que permiten la promoción de una identidad europea —véase los artículos 21 y ss. TUE (acción exterior), artículo 128 TFUE (entrega de billetes de banco), artículos 165 y s. TFUE (política de formación), artículo 167 (política cultural)—.⁷⁸ El derecho de la Unión contiene elementos diversos que pueden conducir a la formación de una identidad con referencia a la Unión de los ciudadanos de la Unión. Estas políticas están basadas en los Tratados constitutivos como Constitución de la Unión, las cuales pueden influir en los ciudadanos, pero no pueden exigir una identificación. Dichas políticas están dirigidas al ciudadano de la Unión en sus intereses a largo plazo, pero no como súbdito fiel o guerrero republicano.⁷⁹

2. *Protección de la identidad nacional*

La finalidad de la formación de una identidad europea se encuentra obviamente en una relación de tensión con las identidades nacionales, porque la prohibición europea de discriminación limita enormemente el acompañamiento jurídico de procesos de diferenciación que forman los grupos nacionales. En este contexto, la ciudadanía de la Unión ha alcanzado en los últimos tiempos una notable importancia, porque ella fundamenta, según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, ahora TJUE), un *estatus* de igualdad entre los ciudadanos europeos.⁸⁰ Esto facilita los procesos de reconocimiento recíproco entre los

⁷⁸ Cfr. la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo Núm. 508/2000/CE, del 14 de febrero de 2000, por la que se establece el programa “Cultura 2000”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 63/1, quinto Considerando, primera frase: “La plena adhesión y participación de los ciudadanos en la construcción europea requieren poner de relieve aún más sus valores y raíces culturales comunes como elementos claves de su identidad y de su pertenencia a una sociedad basada en la libertad, la democracia, la tolerancia y la solidaridad;...”.

⁷⁹ En relación a la falta de perspectiva de una concepción semejante, Haltern, *op. cit.*, nota 28.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczyk* (C-184/99, Rec. 2001, I-6193), marginal 31, que define la ciudadanía europea como un estatus de igualdad; Sentencia del TJUE del 11 de julio de 2002, *Marie-Nathalie D’Hoop* (C-224/98, Rec. 2002, I-6191), marginal 28; Sentencia del TJUE del 2 de octubre de 2003, *Carlos García Avelló / Bélgica* (C-148/02, Rec. 2003, I-11613), marginal 22 s.; Sentencia del TJUE del 23 de marzo de 2004, *Francis Collins* (C-138/02, Rec. 2004, 02703), marginal 61; preparatorio Grabitz, E., *Europäisches Bür-*

ciudadanos de la Unión y con ello los procesos de constitución del grupo de los *europeos*, proceso que se vería dificultado mediante discriminaciones; pero al mismo tiempo significa que la nacionalidad pierde peso, lo que a su vez podría debilitar la identidad nacional.

Que el derecho de la Unión no tiene como meta el deterioro de la identidad nacional lo demuestra el artículo 4.2 TUE. Este artículo se basa en la concepción (que también se revela en el artículo 20.1 TFUE) conforme a la cual la identidad europea y la nacional no se encuentran en una relación de exclusión sino que la primera se erige sobre la última: el derecho europeo descansa sobre la premisa de la posibilidad de múltiples identidades colectivas. Esta presunción se confirma de manera empírica a través de encuestas especializadas⁸¹ y de manera teórica a través de la investigación psico-social sobre múltiples identidades sociales.⁸² Conceptualmente está indicado el camino de concordancia práctica con la distinción entre la *civilización* europea y las *culturas* nacionales.⁸³

Por supuesto que tampoco sería satisfactoria una situación de mera coexistencia de la identidad nacional con la europea,⁸⁴ en razón de lo cual parece conveniente buscar un apoyo recíproco entre ambas. En este sentido, el Preámbulo y el artículo 23.1 de la Ley Fundamental alemana fomentan una europeización de la identidad alemana y el derecho de la Unión persigue la protección de los contenidos de la identidad nacional.⁸⁵ Si se entiende el concepto de identidad del derecho de la Unión en

gerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970; Closa, C., "Citizenship of the Union and Nationality of Member States", *CMLRev.*, 32, 1995, p. 487.

⁸¹ Véanse indicaciones específicas en el Eurobarómetro, *op. cit.*, nota 47.

⁸² Con vista a la preocupación acerca de una necesaria colisión, se aclara que la identidad social de un individuo de cara a las diversas pertenencias a grupos, dispone de contenidos múltiples y no homogéneos e incluso existen individuos que pueden andar con éxito a pesar de las inconsistencias de los contenidos de identidad, Graumann, *op. cit.*, nota 15, p. 67.

⁸³ Comparar sólo el documento sobre la identidad europea, *op. cit.*, nota 8, marginal 1; de modo análogo en la Carta de los derechos fundamentales se hace la distinción entre los pueblos (primer Considerando) y una sociedad (cuarto Considerando); aquí especialmente el concepto de "constitutional tolerance" de Weiler, J. H. H., *The European Union: Enlargement, constitutionalism and democracy*, FCE 7/99, marginal 22 y ss.

⁸⁴ Referente a la posible relación de tensión Bernhard, A., "Multiple Identität" als neues Persönlichkeitsideal?, *Neue Sammlung. Vierteljahres-Zeitschrift für Erziehung und Gesellschaft*, 1999, p. 291.

⁸⁵ Sobre el tema en España Beneyto, J. M., *Tragedia y razón. Europa en el pensamiento español del siglo XX*, 1999, pp. 13 y ss., especialmente 309 y ss.

su función de sustitución parcial del concepto de soberanía, el artículo 4.2 TUE, contiene la garantía de los pueblos como grupos de un modo relevante para la identidad social de los ciudadanos.⁸⁶ Esta garantía implica un sistema político nacional que se sustenta a sí mismo,⁸⁷ generando un sentido válido para toda la nación, que circula persistentemente en el discurso público.⁸⁸ Este sentido no puede ser establecido por la Unión;⁸⁹ pues el derecho de la Unión sólo puede reconocer un sentido que nace o bien directamente de las Constituciones nacionales o bien mediante sus formas y procedimientos. De esta manera se vislumbra la posibilidad de que la Unión sirva para fortalecer la orientación constitucional de la identidad nacional a medio plazo. Precisamente en esta línea el artículo I-5 del Tratado Constitucional Europeo establecía que la identidad nacional, en razón de su relevancia jurídico-constitucional para la Unión, se manifiesta en “la estructura fundamental política y jurídico-constitucional”.

V. CONCLUSIONES

Una Constitución, sea europea o nacional, puede conducir hacia una identidad colectiva y fortalecer los elementos existentes de tal identidad.

⁸⁶ Detalladamente el artículo 6.3 EU (ahora artículo 4.2, TUE) Beutler, B., en von der Groeben y Schwarze (eds.), “Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft”, 6a. ed., 2003, t. 1, artículo 6 EU, marginal 195 y ss.; Hilf, M. y Schorkopf, F., en Grabitz y Hilf (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, tomo I EUV/EGV, enero de 2004, Artikel 6 EUV, marginal 72 y ss.; Toggenburg, G. N., “Cultural Diversity at the Background of the European Debate on Values – an Introduction”, en Palermo y Toggenburg (eds.), *European Constitutional Values and Cultural Diversity*, 2003, p. 9.

⁸⁷ En este punto son problemáticas las nuevas tendencias expansionistas del TJUE en el ámbito de los derechos fundamentales, Sentencia del TJUE del 11 de julio de 2002, *Mary Carpenter / Secretary of State for the Home Department* (C-60/00, Rec. 2002, I-6279), marginal 39; Sentencia del TJUE del 7 de enero de 2004, *K.B. / National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health* (C-117/01, Rec. 2004, I-00541), marginal 33 y ss.

⁸⁸ BVerfGE 89, pp. 155, 186; un estudio teórico-constitucional y de derecho comparado ampliamente fundamentado en Aláez Corral, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, 2000, pp. 166 y ss., 229.

⁸⁹ Bleckmann, A., “Die Wahrung «nationaler Identität» im Unionsvertrag”, *JZ*, 1997, pp. 265, 267 y ss.; Häberle, P., “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, en *id.*, *Europäische Rechtskultur*, 1997, pp. 33, 64; Haltern, *op. cit.*, nota 38, pp. 591, 620 y ss.; Hilf, *op. cit.*, nota 14, pp. 163 y s., 167 y ss.

No obstante, un texto dotado de validez es sólo *un* paso en el largo camino que va desde el proyecto político de formación de una identidad colectiva hasta la existencia real de una institución social que verdaderamente acuñe esa identidad, un “registro” en el “Diccionario de la identidad colectiva.” Uno de los pasos sucesivos es la incorporación duradera del texto fundamental al discurso público que alcance a amplios sectores de la sociedad. Esto se puede hacer efectivo en el plano ritual, presentando la Constitución como símbolo de algo común; ésta es la estrategia preferida por la retórica política. A la luz del extendido escepticismo de los ciudadanos frente a la retórica política, al menos la de los partidos políticos establecidos, una incorporación eficaz al discurso público depende sobre todo de su operatividad en las discusiones políticas y sociales, en las cuales el texto constitucional se convierta en el punto central de referencia normativa.

La cuestión de si el texto fundamental europeo podrá lograr este objetivo permanece aún abierta. Los enunciados introductorios del Tratado Constitucional Europeo no son precisamente los más adecuados para operar en contextos conflictivos. El conocido éxito de la Ley Fundamental alemana se basa en gran medida en la praxis política de fomentar debates importantes como han sido las disputas sobre las exigencias de la Constitución, así como en el gran programa jurídico que significó después de 1950 la concepción del ordenamiento jurídico en sus rasgos esenciales como algo constitucionalmente determinado.⁹⁰ Si la Unión tendrá una evolución semejante es algo que está por verse. Es seguro, en cambio, que la cuestión de la identidad constitucional atribuye una dimensión adicional importante a la ciencia del derecho constitucional, que debería desarrollar los contenidos normativos también bajo esta perspectiva: la Constitución no solamente como forma del poder (F. Rubio Llorente),⁹¹ sino también como posible contenido del alma.

⁹⁰ Schmidt-Aßmann, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, pp. 39 y ss., 56 y ss.; Wahl, R., “Der Vorrang der Verfassung”, en *id.*, *Verfassungsrecht, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, pp. 121 y ss. Sobre la especial influencia de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, Dreier, H., “Nota introductoria al Art. 1, marginal 15, 18, 57”, en *id.* (ed.), *Grundgesetz*, 1996, t. I.

⁹¹ Rubio Llorente, F., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 1993.