

# SOBRE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA. CINCO DECISIONES\*

ON CONSTITUTIONAL IDENTITY IN THE EUROPEAN UNION.  
FIVE DECISIONS

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro  
<https://orcid.org/0000-0002-9844-2397>

Fecha de recepción: 27-11-25

Fecha de aceptación: 12-3-26

**Resumen:** *El artículo examina críticamente la cuestión de la "identidad constitucional" en la Unión Europea mediante un enfoque metodológico articulado en cinco decisiones, que permite llegar a algunas conclusiones sustanciales sobre qué es y qué debería ser la "identidad constitucional" en la práctica jurídica de los tribunales europeos. El Derecho europeo es una criatura peculiar, ya que es producto tanto de la jurisprudencia como de la doctrina. Su naturaleza teleológica, orientada a la eficiencia del mercado único, ha dado lugar a una evolución jurisprudencial a menudo creativa, en ocasiones incluso contra legem, con efectos profundos sobre los ordenamientos nacionales y sobre la tradición del ius privatum europaeum. En este contexto, la cláusula sobre la identidad nacional como identidad constitucional prevista en el art. 4, párr. 2, del Tratado de Lisboa se interpreta como un principio que limita la expansión de la constitución económica europea, actúa como freno a la supremacía y, en última instancia, funciona como una "reserva de interpretación".*

**Abstract:** *The article critically examines the issue of "constitutional identity" in the European Union through a methodological approach articulated in five decisions, which makes it possible to reach some substantive conclusions about what "constitutional identity" is and what it should be in the legal practice*

---

\* Ponencia para el Workshop "Sobre a Identidade Constitucional: Entre a Europa e os Estados-Nações", Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 31 de enero 2025. Al Profesor Riccardo Guastini le agradezco su lectura, y especialmente agradecido les estoy a los Profesores Agustín Menéndez y Francisco Javier Ansuátegui por sus útiles comentarios.

*of European courts. European law is a peculiar creature, as it is the product of both case law and legal scholarship. Its teleological nature, oriented toward the efficiency of the single market, has led to a jurisprudential evolution that is often creative, at times even contra legem, with profound effects on national legal systems and on the tradition of the ius privatum europaeum. In this context, the clause on national identity as constitutional identity set forth in Article 4(2) of the Treaty of Lisbon is interpreted as a principle that limits the expansion of the European economic constitution, acts as a brake on supremacy, and ultimately functions as a “reservation of interpretation”.*

**Palabras clave:** identidad constitucional, Derecho europeo, interpretación judicial, jurisprudencia europea

**Keywords:** constitutional identity, European Union Law, judicial interpretation, European jurisprudence

## I

El asunto de la “identidad constitucional” es un tema importante. Hoy en día es muy discutido, objeto de una literatura casi inabarcable. Así que, no pudiendo presentarlo en toda su extensión, lo abordaré desde una perspectiva diferente, digamos, metodológica. Es decir, abordaré el tema en cierta medida de manera oblicua, moviéndome –aunque sin poder profundizar demasiado– en la cuestión de cómo comprender y discutir, es decir, de cómo deberíamos abordar la comprensión y el estudio del Derecho europeo. De esta manera, sin embargo, creo poder llegar a unas conclusiones sustantivas sobre lo que es y tiene que ser la “identidad constitucional” en la práctica jurídica de los tribunales europeos<sup>1</sup> sin deber embarcarme en una consideración analítica de los distintos significados y usos de la locución y del concepto de “identidad constitucional”.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional, habría que presentar y discutir por lo menos los trabajos de Jacobsohn<sup>2</sup>, de Rosenfeld<sup>3</sup> y de

<sup>1</sup> Para una primera introducción a esta cuestión, léase FROMAGE, Diane & DE WITTE, Bruno, “National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives”, *European Public Law*, vol. 27, núm. 3, 2021, pp. 411-424. Véase también CRUZ VILLALON, Pedro, “La identidad constitucional de los Estados Miembros: Dos relatos europeo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 17, 2013, pp. 501-514.

<sup>2</sup> Véase JACOBSON, Gary Jeffrey, *Constitutional Identity*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2010.

<sup>3</sup> Véase ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, en ROSENFELD, Michel & SAJÓ, András (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 756-776.

Tushnet<sup>4</sup>. En esta sede, sin embargo, creo que se me puede dispensar de proceder por este camino. Es otra la senda por la cual quiero adentrarme.

La primera pregunta que pongo aquí es la siguiente. ¿Cómo podríamos abordar de forma sensata el estudio del Derecho europeo? Ahora bien, el Derecho de la Unión Europea es una criatura muy extraña. Es algo que ha sido creado, producido, principalmente por la jurisprudencia y la doctrina<sup>5</sup>, y esto hace que el Derecho europeo sea especialmente problemático e interesante para nosotros, los profesores, porque ha sido, en muchos aspectos, una creación nuestra, de profesores.

En cierto sentido, lo que ha sucedido con el Derecho europeo es semejante a lo que ocurrió en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, cuando no había ningún Derecho codificado, especialmente el Derecho privado, y hubo un gran debate sobre qué debería ser el Derecho unificado alemán. Y en esta discusión, los protagonistas, los actores principales eran eruditos y profesores: Savigny por un lado y Thibaut por el otro, más tarde respectivamente la *Begriffsjurisprudenz* y la *Interessenjurisprudenz*. Esta discusión condujo a la concepción, elaboración y finalmente a la emanación del BGB, el código civil alemán. Así, en el Derecho comunitario europeo estamos enfrentados, y lo estuvimos especialmente –yo diría– entre los años sesenta y los noventa del siglo pasado, a una situación similar. El Derecho Europeo era al principio un OVNI, un objeto volador no identificado.

## II

Así que hubo que tomar, creo yo, una primera decisión metodológica, que sin embargo no fue solo metodológica, en realidad, sino también en cierta medida política, y esto complica las cosas. Detrás del Derecho europeo había –para usar el término de un teórico del derecho que me disgusta recordar, Carl Schmitt– que tomar una decisión existencial: ¿Qué clase de criatura es esta? (i) La pregunta era: ¿Nos enfrentamos a una especie de Derecho internacional o, quizás, a una especie de Derecho constitucional?

Si se vuelven a leer los libros de texto sobre el Derecho comunitario en los años sesenta –no había tantos–, es esta la discusión preliminar que encon-

---

<sup>4</sup> Véase TUSHNET, Mark, "How Constitutions Constitute Constitutional Identity?", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 671-676.

<sup>5</sup> Cf. VAUCHEZ, Antoine, *L'Union par le droit: L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Les Presses de Sciences Po, Paris, 2013.

tramos tratada<sup>6</sup>. El tratamiento del Derecho europeo, la forma en que se presentó y conceptualizó, dependía realmente de la perspectiva, e incluso diría de la disciplina, del estudioso que se ponía a la obra.

Una perspectiva –la tradicional– era que el Derecho del mercado común era de carácter básicamente internacional, por lo que debía considerarse como un tipo especial de Derecho internacional. La Comunidad Económica Europea, se afirma, es una organización internacional regional con rasgos de autonomía respecto al Derecho internacional. Por supuesto, de esta comprensión previa del Derecho europeo se deducen varias implicaciones, en particular su limitada injerencia en los sistemas jurídicos nacionales. Esta primera postura todavía es aquella que encontramos en la sentencia *Van Gend en Loos* (Asunto 26-62), donde se afirma que el Derecho de la CEE es un orden autónomo, pero se añade que lo es “de Derecho internacional” (así en cierta medida siguiendo la opinión del abogado general Roemer que, sin embargo, se pronuncia en contra de la posibilidad de un efecto directo generalizado de las normas del Tratado).

Alternativamente, había otra manera de concebir el Derecho europeo –que en realidad fue sostenida al principio solo por una minoría de estudiosos– según la cual era una especie de Derecho constitucional<sup>7</sup>. Así que esta fue una decisión básica y creo que ahora ha sido más o menos resuelta, aunque en muchos Estados miembros hasta hace muy poco tiempo los especialistas de Derecho europeo eran generalmente profesores de Derecho internacional. En Italia, por ejemplo, existe una distinción burocrática entre las disciplinas académicas que se ocupan de las plazas académicas y la enseñanza del Derecho europeo, hasta hace poco tiempo, se consideraba parte del Derecho internacional. Finalmente, se le ha reconocido un estatus propio, y está adscrito ahora como un área independiente de la ciencia jurídica; pero todo esto es bastante reciente.

La cuestión de la “identidad constitucional”, más literalmente, de la “identidad” nacional, como leemos en los artículos de los Tratados de la

---

<sup>6</sup> Véase por ejemplo MONACO, Riccardo, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, Giuffrè, Milano, 1962. Cf. años más tarde VV. AA., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Franco Angeli, Milano, 1978; y HARTLEY, Trevor, *The Foundations of European Community Law*, Clarendon, Oxford, 1981.

<sup>7</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro, “Giustizia costituzionale soprannazionale”, *Rivista di diritto processuale*, vol. 33, 1978, pp. 1-32. Influyente en este contexto fue el ensayo de STEIN, Eric, “Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981.

Unión Europea desde Maastricht hasta Lisboa, asume toda su relevancia solo si la planteamos desde una perspectiva que ya no es aquella del Derecho internacional, sino de un Derecho más coactivo, y con mayores pretensiones, como puede ser el que se ha formado en estos últimos setenta años de integración europea.

Ahora, esta es, diría yo, una primera decisión y, por supuesto, no es una decisión neutral. Aunque pueda tratarse de una decisión sustentada por una consideración más o menos objetiva de los hechos. En este sentido, la teoría jurídica es muy importante porque el Derecho europeo, de la manera como se ha formado, muestra claramente que la doctrina jurídica no es neutral, y lo impracticable que es abordar el Derecho desde un punto de vista del puro observador, que, como se sabe, es el presupuesto fundamental del positivismo jurídico. No hay iuspositivismo que no asuma la neutralidad metodológica del conocimiento del Derecho. Ahora bien, el positivismo jurídico puede ser un enfoque sensato, sobre todo desde un punto de vista político, pero solo tiene sentido si existe la posibilidad de una descripción neutral, o como también se ha dicho “inerte”, del Derecho tal como es. Pero sabemos que el Derecho está en lo que debe estar. Una tal conclusión parece finalmente confirmada por el caso del Derecho europeo.

Desde el principio, fue absolutamente imposible decir lo que es realmente Derecho europeo sin decir lo que debería ser. En este sentido, el Derecho europeo es una buena evidencia para declarar que el positivismo jurídico es inadecuado incluso para describir cómo funciona el Derecho: el Derecho no es en sí mismo, sino lo que es para sí mismo<sup>8</sup>.

### III

Luego hay otra discusión en la que tendríamos que embarcarnos, y además otra decisión existencial que debemos tomar, y eso ya ha sido hecho. (ii) La pregunta aquí es: estudiando el Derecho europeo, ¿debemos utilizar un enfoque conceptual, razonando, por ejemplo, a la manera de la *Begriffsjurisprudenz*? Mejor dicho, ¿deberíamos examinar la letra de las disposiciones y después desarrollar un sistema de conceptos que sean estrictamente formales? Esta es una posibilidad, pero, en realidad, esta posibilidad

---

<sup>8</sup> Cf. LA TORRE, Massimo, “The Law for Itself: Plea for a Pragmatist Jurisprudence”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 111, 2025.

fue impracticable para el Derecho europeo desde el principio, debido a cómo se hizo este Derecho, principalmente, como sabemos, por los jueces, a través de la jurisprudencia, acumulativamente caso por caso. La otra posibilidad es el razonamiento a la manera de *Interessenjurisprudenz*: el Derecho no puede explicarse simplemente por conceptos, conceptos jurídicos (*Begriffen*), sino que debe entenderse a través de los intereses, los objetivos (*Zwecken*), los fines que la ley o las reglas pretenden alcanzar.

Ahora bien, especialmente debido a la toma de decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido, por supuesto, el motor –junto con la doctrina– del Derecho europeo (el Derecho europeo es casi enteramente un producto jurisprudencial y doctrinal, y sólo se consolida posteriormente por la legislación), el Derecho europeo tiene una naturaleza claramente teleológica. Y esto estaba claro desde el principio, diría yo, a partir de la sentencia *Van Gend en Loos* (decisión del 5 de febrero de 1963). Ya que la idea es que el Derecho europeo tiene una finalidad clara, un propósito fuerte, y este propósito es, digamos, abrumador: es la eficacia de todo lo relativo a un mercado eficiente, primero “común”, luego “único”. La verdad jurídica en esta perspectiva es la de lo que es eficaz, no de lo que es legal, o conforme al *dictum* de la regla. Y más que eficaz, aquí la norma tiene que ser eficiente, aplicada de manera eficiente para asegurar cierto objetivo. Así que la eficiencia, en el sentido de su capacidad de ser interpretada y aplicada de manera de servir el fin del mercado libre, esto es lo que determina el sentido en que han de resolverse las disputas. La racionalidad del Derecho europeo así es más que nada instrumental, y no deductiva.

La interpretación judicial aquí no tiene que ser literal y tampoco sistemática, ya que el “sistema” es, en buena sustancia, su objetivo final, pero no una presencia normativa ya dada y conceptualizada con anterioridad, algo que todavía no se puede presuponer o asumir. La regla se tiene que interpretar no según su “pasado”, más bien según su posible, y aún mejor su todavía imposible “futuro”. La jurisprudencia es teleológica, o futuroológica, y en cierta medida –podría incluso decirse– misionaria.

Es este el propósito del test de validez de la norma europea. Esto es todavía mucho más fuerte en términos teleológicos que el criterio del interés en la tradición de la doctrina de Jhering y Heck, donde la normatividad no se reduce nunca finalmente a la eficacia teleológica de la norma misma, sino que tiene también un estándar de coherencia y sistematicidad principialista, deontológica. La lucha por el Derecho, “*der Kampf ums Recht*”, de la que

nos habla apasionadamente Rudolf von Jhering, tiene un destacado sentido moral<sup>9</sup>. No hay elementos economicistas o consecuencialistas en dicha lucha, que en cierto sentido anticipa la “rights thesis” de Ronald Dworkin<sup>10</sup>. La controversia jurídica, la lucha por los derechos subjetivos, se presenta normativamente como una lucha por tener derecho, por estar de la parte “justa”, con una fuerte pretensión de corrección, que muy fácilmente se traduce en una pretensión de justicia, como nos enseña Robert Alexy<sup>11</sup>. Justicia, no eficiencia, es el valor jurídico supremo para el mismo Jhering. Para él, así como la verdad se da en el conflicto de opiniones distintas, de la misma manera la justicia se dará en el conflicto de los intereses filtrados por los derechos subjetivos, que es por “la lucha por el Derecho”. Se trata de una concepción conflictualista, no funcionalista, del Derecho que queda distante del evidente funcionalismo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia.

El sistema jurídico para Jhering y Heck nunca es solo una armonización de facto en el sentido de la aplicación constante de una regla de mercado o para el mercado. Hay otros valores en juego, en primer lugar, aquel que se cree arquitectónico del Estado de Derecho, en el sentido de un orden normativo que se ponga como superior a cualquier consideración meramente utilitaria o prudencial. No se defiende el “Derecho libre” en la Escuela de Tubinga. Esta no es una anticipación del así llamado pragmatismo del “Law and Economics” de estos últimos tiempos<sup>12</sup>. Sin embargo, el finalismo que se manifiesta en el Derecho europeo incluso permite –como fue, por ejemplo, el caso en la sentencia *Van Gend en Loos*– una interpretación *contra legem*. Y toda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia hasta hace muy poco se ha desarrollado en esta dirección. Esto ha sucedido de una manera muy poco dramática, más o menos suave, a menudo sobre cuestiones muy pequeñas; la sentencia *Van Gend en Loos*, se recordará, trata de una cuestión absolutamente menor, una multa por una infracción de tasas de aduana, sin mucha importancia para los gobiernos (concretamente para el gobierno neerlandés) y la opinión pública. No creo que hubiera ningún periódico publicando noticias sobre *Van Gend en Loos* una vez que se dictó la sentencia. No creo que haya habido titulares en los periódicos de Europa sobre eso, pero fue una revolución legal anunciada. Por no hablar de la sentencia *Costa* del 15 de

<sup>9</sup> Véase JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2003.

<sup>10</sup> Véase DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978.

<sup>11</sup> Véase ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Beck, München, 1992.

<sup>12</sup> Cf. POSNER, Richard Allen, *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Aspen, New York, 2007.

julio de 1964 (asunto 6-64), que establece la primacía (¿o supremacía?) del Derecho europeo sobre el Derecho nacional de los Estados miembros.

En esta segunda sentencia, la cuestión, sin embargo, era de mucha relevancia; se trataba de la legalidad de la nacionalización de las empresas eléctricas. Pero en estos casos, allí donde la decisión judicial afectaría de manera relevante los intereses de los Estados miembros, el Tribunal de Luxemburgo muchas veces les da la razón a los Estados. No pone en peligro sus políticas económicas; por lo menos esto es lo que sucede en la primera década de actividad del Tribunal. Pero, aún dándole la razón al Estado nacional, se establece en la sentencia una doctrina que se le vuelve en contra, quitándole centralidad normativa y competencias. Es una astucia de la razón jurídica la que aquí se emplea: construir un precedente, afirmar un principio, que solo luego, en decisiones sucesivas, mostrará toda su potencialidad y su verdadera cara.

Esto es lo que pasa paradigmáticamente en el caso de Costa contra Enel de 1964. Y todo esto se hizo más o menos *contra legem*<sup>13</sup>; *by judicial fiat* –como dice Eric Stein, uno de los juristas que más prepara este dramático giro “constitucional” del Derecho comunitario<sup>14</sup>–. Lo sabemos, aunque no lo digamos, y esto se ha hecho una y otra vez. Creo que este método contrarregulador o, mejor dicho, regulador *a contrario*, fue y todavía es una característica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia.

Ahora, esta interpretación *contra legem* del Derecho es posible sobre todo si aceptamos, incluso de manera implícita o inconsciente, una doctrina parecida a la *Freirechtjurisprudenz*, teorizada en primer lugar por Hermann Kantorowicz (Gnaeus Flavius), por ejemplo en su ensayo *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*<sup>15</sup> –que es una especie de radicalización de la *Interessenjurisprudenz* (hay sin embargo una ligera diferencia entre *Zweckjurisprudenz* y *Interessenjurisprudenz*, por un lado están las opiniones de Jhering, por otro lado están las tesis más fuertes de Philipp Heck<sup>16</sup>, pero no puedo entrar en eso ahora). Esta filosofía, la *Freirechtjurisprudenz*, sin embargo, fundamentalmente subraya que es el juez

<sup>13</sup> Cf. GRIMM, Dieter, *Europa ja - aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, Beck, München, 2016, p. 13.

<sup>14</sup> Léase STEIN, Eric, “Toward Supremacy of Treaty-Constitution by Judicial Fiat: On the Margin of the Case”, *Michigan Law Review*, vol. 63, 1965, pp. 491-518.

<sup>15</sup> KANTOROWICZ, Hermann (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter, Heidelberg, 1906.

<sup>16</sup> Cf. HECK, Philipp, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, DUBISCHAR, Roland (ed.), Gehlen, Bad Homburg, 1968.

el que tiene la última palabra sobre el Derecho, y por esto se teoriza su creatividad e “independencia”. Defiende una tesis realista por lo que concierne la decisión del juez. De manera que el mismo principio de legalidad, el “rule of law”, que otrora establecía la centralidad del legislador, se traduce ahora como principio, en primer lugar fáctico, de la independencia de la jurisdicción. Esta es la doctrina que defiende hoy en día el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el cual se proyecta y se concibe a sí mismo como el intérprete supremo de todo Derecho europeo.

Pues bien, una vez que se asume que la única conceptualización posible del Derecho europeo es a través de los intereses y los fines que deben alcanzarse, y estos están dados para una configuración prospectiva de un mercado europeo sin fronteras y obstáculos, y por un nuevo futuro orden jurídico supranacional, el test de validez del Derecho y de sus reglas será la eficacia. Entonces, por supuesto, el propósito prevalecerá sobre la letra de la norma y esto abre la puerta a un fuerte finalismo y decisionismo, a una perspectiva en cierta medida *case by case*, o sea, como también se ha dicho, “stone by stone”<sup>17</sup>, para las sentencias.

Una vez que este decisionismo, o pragmatismo, nos resulta claro, la cuestión de la identidad nacional o identidad constitucional asume otra especial relevancia. No se trata, como podría parecer, de una concesión nominal al plurinacionalismo evidente de la construcción institucional de la Unión Europea, sino que esta fórmula asume el peso de una prueba de validez distinta de la eficacia o eficiencia de la norma europea. Esta ahora tiene delante de sí la necesidad de justificarse respecto a la integridad fáctica de otro sistema jurídico distinto del propio europeo. Podemos así leer el artículo del Tratado de Lisboa sobre identidad nacional, el 4.2, que se refiere en su letra al sistema jurídico interno; lo podemos leer ahora, digo, como un principio por el cual el Derecho de la Unión no puede operar desmantelando la integridad normativa de los sistemas jurídicos internos. Esto sobre todo porque no hay una identidad supranacional, una integridad del sistema europeo, comparable a la de los sistemas nacionales. No hay tampoco una “sociedad europea”, ya solo porque el artículo 2 del Tratado de la Unión cite, entre muchos otros valores de referencia, la “sociedad”<sup>18</sup>. Hace falta, para que haya

---

<sup>17</sup> Cf. LENAERTS, Koen, “EU citizenship and the European Court of Justice’s ‘stone-by-stone’ approach”, *International Comparative Jurisprudence*, vol. 1, 2015, pp. 1-10.

<sup>18</sup> Cf. BOGDANDY, Armin von, *The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2024.

una “sociedad”, en sentido propio y no solo metafóricamente, mucho más que una mención en un artículo de un Tratado, que no es, por supuesto, ninguna constitución, sino un acuerdo de Derecho internacional, artículo además de significado normativo incierto.

Mientras el juez nacional opera en un espacio “lleno”, en un sistema normativo más o menos completo, cuyo significado y contenidos han sido también conceptualizados en décadas, si no siglos, de doctrina, y así las normas se leen a través de una red de conceptos muy elaborados, los “institutos” de que habla la doctrina nacional, el juez europeo opera en un espacio jurídico conceptualmente bastante vacío. En el Derecho nacional, las normas del contrato, por ejemplo, se leen con referencia a lo que se ha elaborado como el concepto básico de negocio jurídico. En el Derecho europeo no hay nada parecido. No hay institutos de Derecho europeo consolidados y elaborados por una doctrina sofisticada y desarrollada en el tiempo. Nada de esto, sino simplemente una sola referencia, más o menos ideológica: la eficiencia de la regla sobre el mercado común, y luego único. Así que el juez europeo decide, sin ser acompañado por la racionalidad que le ofrecería la doctrina jurídica, sino que se sustenta únicamente en una racionalidad económica o política, puro pragmatismo o, alternativamente, intento misionario. Ninguna fuerte referencia deontológica, ninguna elaborada construcción conceptual, puede en este terreno vislumbrarse. Nos encontramos aquí delante de un Derecho básicamente jurisprudencial, una especie de *common law*; sin embargo, sin la elaboración histórica y cultural, y el reconocimiento social, que al *common law* ha acompañado durante siglos.

Aquí me parece importante hacer referencia al ocaso que se anuncia del *ius privatum europaeum*. Sabemos que para Carl Schmitt, después de la Segunda Guerra Mundial, se produce la muerte del *ius publicum europaeum*<sup>19</sup>. Esto no creo que fuese cierto. Sin embargo, asistimos hoy seguramente a la agonía del *ius privatum europaeum*, un sistema de reglas y sobre todo de conceptos e “institutos” elaborados durante siglos por la dogmática de la Europa jurídica culta. El Derecho verdadero para von Zeiller, Goldschmidt, Savigny, Puchta, Windscheid, Jhering, Stammler, Carnelutti<sup>20</sup>, no era el Derecho público, o constitucional (la locución “Derecho constitucional” no será común

---

<sup>19</sup> Véase SCHMITT, Carl, *Der Nomos der Erde: Im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

<sup>20</sup> Cf. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1952.

entre juristas hasta los años cuarenta del siglo pasado). El Derecho era básicamente el Derecho privado, y era su sistema el que ofrecía la constitución verdadera, la constitución material, de los distintos Estados. Estos luego, para su funcionamiento interno, tenían un Derecho propio que se definía como “administrativo”.

Las constituciones se sucedían, los “institutos” del Derecho privado permanecían. El Derecho constitucional, me decía todavía en los años setenta del siglo pasado mi profesor de Instituciones de Derecho privado, Angelo Falzea, no es “verdadero” Derecho. Me lo repetía mi padre, abogado penalista. Ya que no hay identidad temporal fuerte en el Derecho constitucional. El Derecho para ser tal, necesita duración, permanencia, cierta resistencia al cambio y la temporalidad, al mismo contexto dentro del cual se da. El Derecho necesita una dosis relevante de formalismo que parece anulada por las vicisitudes de la política, y es esta, la política, la que produce la constitución.

Las constituciones pasan, el Derecho privado permanece idéntico a sí mismo. Tuvimos en Italia las leyes de los Borbones, luego el Real Estatuto Albertino, después el orden de las corporaciones fascistas, después la constitución republicana, y no sabemos, nos decía el Profesor Falzea en el año 1972, lo que nos espera mañana. Pero siempre existió y existirá el sistema de Derecho privado, que más o menos nos ha dejado en herencia el Derecho romano. Aquí está nuestra identidad nacional jurídica. Pero con el Derecho europeo, y sobre todo con la jurisprudencia “motorizada” del Tribunal de Luxemburgo, el sistema del Derecho privado, el *ius privatum europaeum*, está siendo desmantelado. Sus conceptos básicos, por ejemplo y centralmente, el concepto de negocio jurídico, ya parecen no ser apropiados para explicar la trama oportunista de las disposiciones europeas, por ejemplo, en materia de contratos y tutela del consumidor. De modo que el Profesor Francesco Galgano afirma en su tratado sobre el negocio jurídico que este instituto ya es “obsoleto”<sup>21</sup>.

De hecho, es el conjunto de los “institutos” de la doctrina jurídica tradicional de la vieja Europa lo que constituye posiblemente una identidad constitucional europea, y que sin embargo parece estar siendo desmontada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia. Hay ahora una doctrina del Tribunal de Luxemburgo (véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto C-181-23) que afirma que el estatuto jurídico fundamental del ciudadano eu-

---

<sup>21</sup> Véase GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 2002.

ropeo sería la “ciudadanía europea”, olvidando que la doctrina nos ha legado la centralidad de la “subjetividad jurídica”, estatuto mucho más amplio y básico que cualquiera ciudadanía, ya que se fundamenta sobre el carácter de nudo ser humano de su titular. Piénsese también, por ejemplo, en el instituto fundamental de la *res judicata*, un pilar de la certeza jurídica, y así del Estado de Derecho, o aquel pilar de la civilización jurídica europea que es garante y compañero del principio de estricta legalidad, la prescripción como parte substantiva del Derecho penal y de su criterio arquimédico de *nulla poena sine lege previa*, estándar de certeza que sabemos que ha estado en el centro de un ataque del Tribunal de Luxemburgo (Asunto 105-14) y de la así llamada “saga” Taricco<sup>22</sup>.

#### IV

Además de las dos decisiones ya mencionadas, hay aún una tercera, conectada con las dos anteriores. La interpretación teleológica no es habitual en el Derecho internacional<sup>23</sup>, por lo que, si se asume que el Derecho europeo es Derecho internacional, no podríamos utilizar la interpretación teleológica, o la doctrina del *effet utile*, y así sucesivamente. La tercera decisión existencial es una decisión metodológica; en este sentido podríamos aceptar ser heideggerianos: metodología y ontología convergen, están más o menos jugando sobre el mismo terreno, aunque se presentan como desplegadas en dos mesas diferentes. (iii) La tercera pregunta aquí es la siguiente: ¿cómo debe el juez argumentar y razonar sobre la legislación europea? Y, además, ¿cómo debería la doctrina construir sus conceptos en torno a las cuestiones de Derecho europeo?

Aquí nos enfrentamos a una alternativa, hay dos posibilidades. Una vez más, existe la posibilidad de un enfoque formalista y, por otra parte, existe la posibilidad de un enfoque pragmático. Es evidente que desde el principio el Tribunal Europeo de Justicia eligió el pragmatismo, el pragmatismo en el

---

<sup>22</sup> Léase NATALE, Andrea, “Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso”, *Questione Giustizia*, 2017, [https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-tappe-della-cd-saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso\\_07-12-2017.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-tappe-della-cd-saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso_07-12-2017.php).

<sup>23</sup> Cf. DA CRUZ VILAÇA, José Luis, “Le principe de l’effet utile du droit de l’Union dans la jurisprudence de la Cour”, en ROSAS, Allan, LEVITS, Egils & BOT, Yves (ed.), *Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013.

sentido de Richard Posner<sup>24</sup>, por lo que yo diría, pragmatismo en un sentido “pobre”, no en un sentido “rico”, no en el sentido de John Dewey, o de Robert Brandom<sup>25</sup>, es decir, de una manera mucho menos articulada y mucho más oportunista. Pragmatismo significa aquí que uno debe razonar en términos consecuencialistas, por ejemplo, replicando de alguna manera los métodos *law and economics*, de modo que el Derecho se guíe principalmente por consideraciones económicas, mejor dicho, por una cierta idea de lo que es una economía asumida como “sana”, la *gesunde Wirtschaft* –podríamos decir– de la que habla Carl Schmitt en una famosa conferencia de 1932<sup>26</sup>, a la cual reacciona Hermann Heller con el lema “liberalismo autoritario”<sup>27</sup>.

Ahora bien, estas consideraciones económicas, en la jurisprudencia, se transforman a menudo en una especie de argumentos de integridad, anticipándose, si se quiere, al enfoque propuesto por Ronald Dworkin. La eficacia del Derecho depende de su aplicación en términos de un sistema coherente. Pero la coherencia aquí se desvincula de un criterio normativo interno, y se convierte en un estándar fáctico: la eficacia, o mejor dicho, la eficiencia. Esta fue, por ejemplo, la estrategia de *Van Gend en Loos*, pero esto es fundamentalmente un pragmatismo pensado de una manera simplificada. Algo que queda muy claro si examinamos cómo aplica el Tribunal Europeo de Justicia el principio de proporcionalidad. La proporcionalidad, como sabemos, tiene tres momentos –necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto–, pero el Tribunal de Luxemburgo se queda con frecuencia atascado en el primer paso, el paso de la necesidad, mientras que el segundo y el tercero no suelen elaborarse<sup>28</sup>. Así pues, de nuevo, esto es un pragmatismo asumido de una manera simplista, más que nada oportunista. Y podría sostenerse, llegados aquí, que el criterio de la identidad nacional como identidad consti-

<sup>24</sup> Véase POSNER, Richard Allen, *Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2007, especialmente capítulo quince (“A Pragmatist Manifesto”).

<sup>25</sup> Cf. BRANDOM, Robert Brian, *Between Saying and Doing: Towards an Analytical Pragmatism*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

<sup>26</sup> Léase SCHMITT, Carl, “Starker Staat, gesunde Wirtschaft” (1932), en Id., *Staat, Großraum, Nomos*, MASCHKE, Günter (ed.), 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2021. Y cf. RÜSTOW, Alexander, “Freie Wirtschaft, starker Staat” (1932), en Id., *Rede und Antwort*, Martin Hoch, Ludwigsburg, 1963, pp. 249-258.

<sup>27</sup> Véase HELLER, Hermann, “Autoritärer Liberalismus”, *Die Neue Rundschau*, vol. 44, 1933, pp. 289-298.

<sup>28</sup> Cf. FONTANELLI, Filippo, “The Mythology of Proportionality in Judgments of the Court of Justice of the European Union on Internet and Fundamental Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 36, núm. 3, 2016, pp. 630-660.

tucional podría reconfigurar y operacionalizar la integridad necesaria al juez europeo en términos normativos otra vez, permitiéndole desvincularse desde la simple referencia al mercado único y a su implementación progresiva y eficiente.

Ahora bien, no se pueden, en realidad, entender estas tres decisiones, las tres decisiones de método mencionadas, sin una decisión mucho más fundamental y existencial, que es la cuarta. El Derecho europeo tiene mucho que ver con la política, una cierta política; su terreno, más que aquel de las reglas y de los principios, es el pantano de las *policies*. Las normas de los Tratados, demasiado numerosas y minuciosas para pertenecer a una constitución, como argumenta bien Dieter Grimm<sup>29</sup>, son en su mayor medida adscribibles al Derecho administrativo, donde prima, me decía mi profesor de la materia hace cincuenta años, la evaluación prudencial del ejecutivo. Esto hace que el Derecho europeo, incluso sin quererlo, sea básicamente político. Y por eso creo que el Derecho europeo debería estar expuesto a la crítica, así como lo pueden estar las políticas públicas de los gobiernos nacionales que pasan por el filtro del Derecho administrativo y que constituyen su esencia.

El Derecho europeo es inmediatamente político, incluso si los jueces intentan sinceramente evitar la política, y aún más si se considera que dicho Derecho ha sido instrumental en la despolitización de las políticas internas de los Estados miembros. Es una tragedia ahora que los Estados miembros hayan sido “neutralizados” –yo diría, de nuevo, usando la terminología de este terrible jurista, Carl Schmitt, y me disculpo por eso– debido al efecto evolutivo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia. Por supuesto, a esto han contribuido las decisiones tomadas también por las instituciones europeas, tanto dentro como fuera del Derecho europeo como, por ejemplo, en el caso paradigmático de la legislación de emergencia sobre la crisis financiera europea de 2010<sup>30</sup>. El populismo emergente ahora en Europa se puede explicar de manera plausible como una reacción a esta progresiva neutralización del debate político nacional<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Véase GRIMM, Dieter, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2022, en particular capítulo quince.

<sup>30</sup> Cf. MENÉNDEZ, Agustín José, “The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic “Rechtsstaat” to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance”, *Journal of Law and Society*, vol. 44, núm. 1, 2017, pp. 56-78.

<sup>31</sup> Cf. LA TORRE, Massimo, “Sovranità début du siècle: Disordine internazionale e populismo”, *Parole chiave*, vol. 3, núm. 1, 2020, pp. 125-138.

## V

La cuarta decisión fundamental es la siguiente. El Derecho europeo es el Derecho de un orden específico, un orden jurídico-político, funcionalmente impulsado por la idea de una constitución material específica –y esta constitución material específica es, por ejemplo, lo que ahora se encuentra cada vez expresado por la Comisión y también en los propios Tratados– señalando una sociedad de mercado libre altamente competitiva. Ahora bien, se trata de una decisión política, y esta decisión política no estaba clara en los Tratados del 1957. Se aclaró, diría yo, con la *decisión de Cassis de Dijon* del 20 de febrero de 1979 (Asunto 120-78) y luego fue consolidado por la Comisión y los Tratados, empezando con el *Acta única europea* de 1986. (iv) La pregunta que debemos plantearnos aquí es: ¿detrás del Derecho europeo hay una constitución material? ¿Y cuál es esta? ¿O cuál debe ser esta?

En efecto, el Derecho europeo, primero como Derecho jurisprudencial y luego también como Derecho doctrinal, se pensaba enraizado por una específica constitución material, la “constitución económica” ofrecida por el mercado común. Ahora bien, esto es en cierto sentido paradójico porque el concepto de “constitución económica”, luego apropiado por los ordoliberales y finalmente por los neoliberales, fue acuñado por Hugo Sinzheimer en la República de Weimar para conceptualizar lo contrario de una constitución material de libre mercado. Este, sabemos, ha sido el modelo económico defendido y promocionado por el Tribunal europeo de Justicia. Sin embargo, la “constitución económica” de Sinzheimer no es la altamente competitiva economía de libre mercado y la así llamada economía social de mercado, donde lo “social” se puede sustituir con “el ámbito donde la socialidad sea conforme en su integridad con el funcionamiento del mercado”. Lo que se preconizaba en la “constitución económica”, *Wirtschaftsverfassung*, de la República de Weimar era, al contrario, una sociedad y una economía más o menos cooperativamente gestionadas por trabajadores y empresarios, donde las medidas redistributivas deberían haber sido, digamos, abrumadoras y, en cualquier caso, la idea de la conservación del libre mercado y de la iniciativa económica privada no podía prevalecer sobre la idea de función social de la propiedad<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Léase SINZHEIMER, Hugo von, *Die Grundbeziehung zwischen Staat und Wirtschaftsleben* (1919), ahora en Id., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie: Gesammelte Aufsätze und Reden*, vol. I, KAHN-FREUND, Otto, y RAMM, Thilo (ed.), Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1976, pp. 364-372.

Si la constitución económica arraigada en la idea ordoliberal de un mercado de pura competencia se proyecta como el corazón de la identidad constitucional de la Unión, puesto que sea correcto atribuirle una calidad constitucional, lo que es dudoso, ahora bien la cláusula da la identidad nacional del artículo 4.2 del Tratado de Lisboa puede interpretarse como una medida y un principio que limita la expansión de dicha constitución económica europea al estilo de vida de los Estados miembros, estilo de vida que es básicamente garantizado por su arraigo en la idea del Estado Social. Aquí yo creo que puede encontrarse el contenido esencial de la cláusula de la identidad constitucional nacional.

Sin embargo, nos encontramos ahora en un mundo diferente del que fue proyectado por la Constitución de Weimar y retomado en las constituciones europeas de posguerra, por la italiana especialmente, y esto es desgraciadamente el resultado también del Derecho europeo. Como estudiante y también como docente en el Instituto Universitario Europeo, he visto cómo este se producía, y se conceptualizaba. Recuerdo muy bien varias discusiones en los años ochenta, también muchas discusiones en los noventa sobre la integración europea a través del Derecho, y también cuál ha sido el resultado de estas discusiones –y lo que sucedió después del 2000 fue aún más grave. Estamos ahora en presencia de una especie de fundamentalismo jurídico europeo con fuertes elementos misioneros e ideológicos. En los últimos años, el Derecho europeo se ha convertido, creo yo, en un dispositivo ideológico, al servicio de una forma específica de concebir las relaciones sociales. Esto hace necesario un quinto punto, mi quinta decisión metodológica.

Sin embargo, una vez que el Derecho se proyecta como plena y claramente ideológico, el Derecho puede y debe ser objeto de crítica ideológica. Así que la pregunta ahora es: (v) ¿Debemos, en cierto sentido, elegir entre apología y utopía –esta es la alternativa de Martti Koskenniemi sobre el Derecho internacional, y él cree que la huida ante esta alternativa tajante podría ser cierto retorno al formalismo kelseniano<sup>33</sup>. Así que la oposición dialéctica podría elaborarse como una perspectiva constructiva. Debemos elegir, cierto. Pero entonces: ¿qué es mejor y más útil para la integración europea, ser apologético o utópico? Y si elegimos ser utópicos, ¿cuál es la utopía europea que debemos abrazar? ¿O no podríamos, como sugiere Koskenniemi para el Derecho internacional, intentar otra vez refugiarnos en el formalismo jurídi-

---

<sup>33</sup> Cf., por ejemplo, LA TORRE, Massimo (ed.), *Tra apologia e utopia. Forma e decisione nel diritto internazionale*, E.S.I., Napoli, 2013.

co, abandonando los excesos de la metodología teleológica y eficientista? Un retorno a la idea y a las exigencias deontológicas del Estado de Derecho en su sentido más legalista, frente a tanto finalismo y decisionismo en la práctica judicial del Derecho europeo, podría parecernos una alternativa interesante y plausible.

## VI

Ahora bien, creo que la noción de identidad nacional constitucional nos puede ayudar a no ser apoloéticos, y tampoco utópicos, y a ejercer la función crítica que, según una gran tradición de la cultura jurídica europea, también es propia del oficio del jurista. Hacer doctrina no tiene por qué ser siempre deferente a lo que nos parece lo más conveniente, lo más fuerte, lo más eficiente. El respeto para el más débil, y la orientación a lo justo, también son parte de nuestra historia de estudiosos del Derecho. El momento al día de hoy es crítico, más que “post-crítico”, como se define ahora una conocida revista de Derecho europeo, el *European Law Journal*; el momento es crítico, así que también crítica tiene que ser nuestra labor.

Sé muy bien que en casos recientes la “identidad nacional” ha sido empleada por unos tribunales nacionales para defender quizás lo que es indefendible, hacia perspectivas más o menos iliberales del Estado de Derecho, y hacia democracias autoritarias<sup>34</sup>. Sin embargo, como ya resultaba en el Tratado constitucional, donde la cláusula de la identidad nacional (I.4) era inmediatamente precedente a la cláusula de primacía del Derecho de la Unión (I.5), si queremos mantener la idea que los Estados se rigen según el principio democrático y que los jueces están sometidos a la ley como voluntad del pueblo, es necesario que creamos todavía en la plausibilidad del artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 que nos dice que no hay constitución allí donde no hay separación de poderes. La identidad nacional como identidad constitucional no puede interpretarse sino como un *control límite* a la supremacía de soberanías externas al dictado constitucional, y, quiero añadir, como una *reserva de interpretación*. Es decir, lo que es identidad nacional constitucional tiene que ser interpretado

<sup>34</sup> Cf. FABBRINI, Federico, SAJÓ, András, “The Dangers of Constitutional Identity”, *European Law Journal*, vol. 25, 2019. Cf. también MENÉNDEZ, Agustín José, “¿Rebelión a bordo? A vueltas (de nuevo) con las relaciones entre ordenamientos en el espacio jurídico europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 129, 2023, pp. 47-77.

por los órganos del sistema constitucional de la cuya identidad nacional es cuestión<sup>35</sup>.

MASSIMO LA TORRE  
*Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro*  
<https://orcid.org/0000-0002-9844-2397>

---

<sup>35</sup> Cf. GRIMM, Dieter, "Three Meanings of Constitutional Identity and Their Prospects in the European Union", *CAS LMU Blog*, 25 March 2024, <https://doi.org/10.5282/cas-blog/49>.