

# CIUDADANÍA E IDENTIDAD

Por el Académico de Número  
Excmo. Sr. D. Miguel herrero y Rodríguez de Miñón\*

Estos dos términos, Ciudadanía e Identidad (identidad, fundamental aunque no exclusivamente, nacional), tienen, histórica y lógicamente, un significado convergente, porque toda ciudadanía, en principio, supone una determinada ciudad con una identidad propia. Sin embargo, en la actualidad han llegado a sugerir dos cosas diferentes cuando no opuestas. La ciudadanía remite, más que a la ciudad, al ciudadano y a sus derechos. Esto es, a un orden de convivencia en libertad. Mientras que la identidad remite a un orden de convivencia por comunión en el que el individuo se enraíza en la comunidad en cuyo seno tienen sentido sus derechos y frente a la cual tiene deberes. La ciudadanía hoy se entiende como “libertad de los modernos”, esto es, derechos límite y derechos oposición, autonomía frente al poder e, incluso, como crédito contra el mismo. La “libertad de los antiguos”, asociada a la noción de identidad, significa libertad integración. Mas adelante abundaré en tales categorías y trataré de clarificarlas.

El fundamento identitario de la ciudad, sea esta Imperio, Reino o República, es decir, comunidad política, no se pone en tela de juicio hasta la Ilustración. Un clásico de la modernidad como Maquiavelo insiste una y otra vez en ello —baste recordar los capítulos III, V, XII y XIII de *Il Principe*, o en el elogio de la conscripción militar *Del'Arte della Guerra*— y los primeros pactistas, desde Althusio hasta Hobbes, pasando por los monarcomacos, lo dan por sentado. Son los teóricos racionalistas del pacto social los que basan la convivencia ciudadana en la decisión contractual y no en una previa identidad. Pero el autor de *El contrato Social* consideraba la conciencia de la propia identidad, elemento indispensable de aquel y proponía, para fomentarla, medidas harto

---

\* Sesión del día 13 de octubre de 2015

radicales. Sus consideraciones sobre la Constitución de Polonia son elocuentes a la hora de contextualizar sus tesis.

Ahora bien, antes de seguir adelante es necesario precisar el significado de la identidad que puede entenderse de dos maneras distintas. Hay identidades sectoriales e identidades globales. Las primeras, como son, por poner algunos ejemplos, las religiosas, étnicas, lingüísticas, de género, de orientación sexual o de minusvalía atienden a un solo factor de identidad que por relevante que sea, puede requerir determinadas políticas de reconocimiento, pero no determina toda la vida pública del sujeto. Tal es el caso de las denominadas novísimas minorías o movimientos sociales. Las identidades globales son eminentemente políticas y abarcan y sintetizan los diferentes factores materiales de integración —lengua, cultura, historia, ect.— que provocan la voluntad de vivir juntos en que, en la famosa definición de Renan, consiste la Nación. De la identidad nacional, coincida o no con la del Estado, es de la que voy a tratar aquí.

Por ello, la Nación es capaz de comprender múltiples identidades religiosas, étnicas o lingüísticas, trascendiendo a todas ellas. No hay naciones meramente lingüísticas por importante que sea la lengua propia como factor de identificación e integración nacional. Pero cuando estas identidades sectoriales son tan fuertes como para, por si solas, adquirir un relieve político omnideterminante están en trance de substituir a la Nación. Un precedente histórico de ello es la sustitución, durante las guerras de religión, de la *ratio status* por la *ratio confessionis* y, después, en el primer marxismo la clase universal, puesto que “los proletarios no tienen patria”. Tal fue el caso del denominado “Poder Negro” en Estados Unidos y, hoy día, del Yihadismo islámico.

En la actualidad Habermas y el pensamiento político académico “correcto” que le sigue, distingue e incluso opone, a la identidad social calificada de “ethnos”, la ciudadanía política propia del “demos”. En consecuencia, el Estado ha de hacer abstracción de las diferencias identitarias que concurren en sus poblaciones y territorios porque solamente cuenta lo que de general hay en ellos. Tal es la tesis canónica formulada por Krüger, en su magna *Teoría General*<sup>1</sup>. El Estado no es ya ni nacional ni plurinacional; se postula como postnacional, porque se construye y actúa al margen de las identidades nacionales, equiparadas a las lingüísticas, raciales, religiosas o, incluso, patológicas. La decisión democrática, cuyo paradigma es la constitución y su expresión la ley, cancela lo demás e inaugura una nueva forma de vida. “¡Españoles ya tenéis patria!”, proclamaba en 1812 un ilustre gaditano, fascinado por la nueva Constitución. Para utilizar las categorías de Schmitt, diré que la decisión cancela el orden concreto en vez de contribuir a darle forma<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Staslebre*, 1966,

<sup>2</sup> *Über des drei Arten des Rectswiisenschaftlichen Denkes*, Hamburgo, 1934

Tan brillante tesis choca frontalmente con la realidad y como es propio de los errores intelectuales, genera graves errores prácticos.

El error conceptual es evidente. El “demos” no surge de la nada, como si los llamados a ser ciudadanos constituyentes llegasen, parafraseando a Mirabeau, errantes por azar a las riveras de un río sin nombre. El “demos” surge de un “ethnos” previo y subyacente del que se nutre y al que, a la vez, da forma política. Y la definición de la Nación española que encabezaba la Constitución de Cádiz, como “La reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” (ar.1), haciendo, según proponían Ranz Romanillos y Muñoz Torreros<sup>3</sup>, tabla rasa de “todas esas divisiones de provincias que deben desaparecer en aras de la unidad homogénea de la Nación”, estuvo en la raíz de la traumática emancipación de las Indias e inauguró en la propia España un largo siglo de discordias civiles. Tal vez esa deformación puede alagar la libido geométrica de algún doctrinario, pero desconoce la realidad que tiende a vengarse de quienes la olvidan.

Y la desvinculación del “demos” y del “ethnos”, la oposición de la decisión constituyente al orden concreto que la precede, condiciona y da sentido, tiene efectos negativos. Permítaseme, para exponerlos, un breve excursus conceptual.

Tres son, al decir de quien fue ilustre miembro de esta Casa, Javier Conde<sup>4</sup>, los órdenes de convivencia política: el orden por dominación de los gobernantes sobre los gobernados, propio del Estado; el orden de concurrencia entre una pluralidad de opciones cuyo paradigma es el mercado; y el orden por comunión de caracteres comunes, practicas compartidas afectos y sentimientos coincidentes en torno a una misma identidad que configura la sociedad concreta. Esa sociedad previa al individuo y que, no procede del utópico pacto sino, de la convergencia de factores de integración singulares y objetivos que preceden y poseen al individuo. Eso es precisamente el “ethnos”, que nutre a quienes en él participan y que en consecuencia lo configuran a la vez que lo habilitan. La lengua es su paradigma que, a la vez, condiciona al hablante y libera su estro poético.

El orden por comunión legitima la dominación. La concordia básica del orden por comunión hace posible que la competencia política, económica y social sea, por el reconocimiento de determinados bienes y valores ajenos al conflicto, por el respeto a una determinadas reglas de juego y por la aceptación de unos resultados, certamen benévolo y no combate de enemigos. Y la

---

<sup>3</sup> Las palabras de Ranz Romanillos en *Acta de la Comisión de Constitución de 10 de Abril de 1811* (texto en M<sup>a</sup> Cristina Diz Lois, *Las Actas de la comisión de constitución 1811-1813*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976, p. 84; las de Muñoz Torreros en *Diario de Sesiones 2 de septiembre de 1811*, p. 1745.

<sup>4</sup> Cf. *Escritos y Fragmentos Políticos*, Madrid, 1974, I, p. 217 y ss.

solidaridad inherente a la comunión garantiza un cierto grado de equidad que puede llegar hasta pretender la igualdad no solo formal ante la ley, sino real. Si no existe un determinado orden por comunión no se legitima el mando, se elimina la solidaridad y la concurrencia se convierte en lucha a muerte que desgarrar e imposibilita la convivencia.

En consecuencia, la ciudadanía no es la alternativa racional a la identidad, sino que, sin identidad, la ciudadanía es una categoría hueca. Tal es la tesis del más moderno liberalismo, al poner de manifiesto que los derechos fundamentales cuyo titular es el individuo solo tienen consistencia en un horizonte comunitario, porque la intersubjetividad es condición trascendental de la subjetividad. “El yo que es el nosotros; el nosotros que es el yo”, dirá Hegel.

Una hipotética ciudadanía sin identidad se debilita y prueba de ello es la Ciudadanía de la Unión Europea establecida en el Tratado de Maastricht a partir de 1992 y que se superpone a la nacionalidad de los Estados miembros de la Unión.

Una ciudadanía que como ha señalado nuestra colega, la profesora Araceli Mangas, proclama sintéticamente y por ello reitera lo ya reconocido en los tratados fundamentales de la Unión y a la que como a estos falta lo que Victoria Camps ha denominado “cultura de la obligación”, esto es, una formulación de deberes correlativa a los derechos como es propio de las constituciones contemporáneas. En ello insiste el profesor Cruz Villalón en su obra *La Constitución inédita*<sup>5</sup>.

La ciudadanía europea tiene un déficit de identidad porque la Unión adolece de falta de lo que Smend denominaba factores materiales de integración, por ejemplo un territorio determinado o una lengua común. Sin duda los tratados fundamentales señalan una serie de valores con los que se pretende identificar la Unión, unos valores, sin duda positivos, pero que son universales y tienen vocación de universalidad, y, en consecuencia, carecen de fuerza identificatoria de lo singular.

La doctrina ha tratado de reconceptualizar la ciudadanía de la Unión como instrumento de identificación de la misma, pero las investigaciones en tal sentido se encuentran forzadas a llegar a una conclusión contraria a la buscada. Tal es el caso del reciente libro colectivo dirigido por Guild, Gortazar Rotaèche y Kostakopoulou, con el título de *The Reconceptualization of European Union Citizenship*<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> *La Constitución Inédita. Estudios sobre la contitucionalización de Europa*, Madrid, (Trotta) 2004.

<sup>6</sup> Nijhoff, 2014.

En efecto, el examen de la práctica comparada de los Estados miembros de la Unión demuestra que actúan unilateralmente y atribuyen o facilitan la adquisición de su nacionalidad en función de sus propios criterios y conveniencias —por ejemplo las vinculaciones históricas a recuperar, v. gr. Hungría en la Voivodina, Rumania en Tansilvania o España con la Ley de Memoria Histórica o la nacionalización de los sefarditas— y en general sobre criterios de evidentes tintes étnicos, en la acepción racial de este término. Las ocasionales resistencia jurisprudenciales a dichas tendencia —v.gr. SSTJUE en los casos Rottmann y Zambrano,— no han sido seguidas, antes al contrario, por decisiones posteriores.

La renacionalización de la ciudadanía es una tendencia general. En consecuencia, puede concluirse que, en la práctica, la Ciudadanía Europea cuyo propósito fue contribuir a la construcción de una identidad europea, ha contribuido a la promoción de las tendencias identitarias de los Estados miembros.

En un mundo en trance de globalización y progresivamente uniformado la defensa y promoción de las identidades nacionales, tal vez como formación reactiva, es evidente. Herder ofrece un primer testimonio de ello. Su denuncia del ocaso de las singularidades culturales sirvió de fulminante para la eclosión del historicismo prenatalista. En efecto, la identidad política es un valor en alza, tanto en el derecho y la práctica comparada, como en la doctrina donde se llega a proponer la substitución del valor de soberanía por el de identidad.

El constitucionalismo contemporáneo se hace eco de ello no solo respecto de la identidad estatal como a continuación mostraré sino con relación a identidades paraestatales y subestatales respecto de las cuales se instrumentan políticas de reconocimiento para su tutela y fomento, cuestión que ya he tratado en otro lugar al que ahora me remito.

Las más recientes constituciones, en los cinco continentes, además de identificar al respectivo Estado por una serie de calificativos –indivisible, laico, social, democrático, de derecho- inciden en la identificación del cuerpo político que hay detrás. Los ejemplos podrían extraerse de diversas latitudes. Desde los jóvenes Estados donde, al decir del agudo Tocqueville, está el progreso del constitucionalismo, hasta sus antípodas en la vieja Europa. Así cuando se intentan construcciones supranacionales como es el caso de la Unión Europea, se tiene buen cuidado en garantizar la identidad nacional de los Estados miembros. La decantación del art 4,2 de. Tratado de la Unión en la redacción introducida por el Tratado de Lisboa de 2006, muestran el creciente relieve jurídico y la sustantivación política del concepto.

Ahora bien, la denominada identidad nacional puede entenderse de dos maneras diferentes que, siguiendo la terminología popularizada por Haber-

mas, antes citada, puede referirse al “demos” o cuerpo político de los ciudadanos autogenerado por el acto constituyente o al “ethnos” prepolítico que, en la realidad, hace posible aquel acto.

En efecto, la identidad del Estado se refiere tanto a su condición de Estado, como a su cualificación por determinados rasgos. El citado art. 4,2 considera funciones esenciales del Estado, infranqueables por parte de la Unión. “esencialmente las que tienen por objeto garantizar la integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”. La jurisprudencia constitucional alemana, checa y polaca, por citar solo tres casos relevantes ha coincidido en señalar que la estatalidad supone “un ámbito suficiente para la ordenación política de las condiciones de vida, económicas, culturales y sociales...entre otros la ciudadanía estatal, el monopolio de la fuerza civil y militar, los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento, así como los supuestos de vulneración que son relevante par la realización de los derechos fundamentales, en especial en caso de injerencias de gran intensidad tales como la privación e libertad en el ámbito el derecho penal o las medidas de internamiento. Entre dichos ámbitos materiales se encuentran también las cuestiones culturales como las decisiones sobre la lengua, la configuración de las relaciones familiares y educativas, la ordenación de la libertad de opinión, prensa y reunión o el tratamiento de las creencias religiosas o de las posiciones ideológicas”, de manera que tales materias constituirían otros tantos contralímites ante la Unión.

Más allá de las estructuras constitucionales formales existen lo que el Conejo Constitucional francés, desde el 2006, denomina “principios inherentes a la identidad constitucional de Francia” que incluye los valores consagrados en los preámbulos de la constitución de 1958 y, por expresa remisión de ésta, de la de1946 (nº 2006-540 DC de 27 de julio).

En consecuencia, la identidad no se reduce a las estructuras constitucionales, como dice el texto citado del art. 4,2, con ser estas estructuras importantes e incluso, como ha quedado dicho, esenciales, sino que incluye como apunta la jurisprudencia comparada, lo que hay detrás de la Constitución, un pueblo soberano con voluntad de ser y permanecer como tal (TC alemán desde la Sentencia *Maastricht* de 12 de Octubre de 1993 a la S. *Lisboa* de 30 de Junio del 2009, doctrina reiterada por los TT. CC. polaco en el 2005 y checo en el 2007, respectivamente), con su historia, cultura y tradiciones (STC polaco 32/09, pr. 2,1). Esto es un orden concreto determinado por una pluralidad de factores prepolíticos: el *ethnos*

El reciente y docto libro de Fausto Vecchio<sup>7</sup> sobre la *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales*, y mas allá de

---

<sup>7</sup> Madrid, *BOE*, 2015.

un enfadoso y no siempre necesario alarde de construcción dogmática, ha puesto de relieve la fuerza expansiva de este concepto, fermento de los contralímites a la primacía del derecho de la Unión. En efecto, la categoría de “contralímites” acuñada por Barile<sup>8</sup> en 1973 al hilo de la jurisprudencia constitucional italiana y que yo mismo propuse sin eco alguno en España en el 2004<sup>9</sup>, tiene un motor: la garantía de la identidad.

Como ya hace años señalamos Rodríguez Iglesias y yo mismo<sup>10</sup> si la primacía se acepta sin dificultad respecto de las normas estatales infraconstitucionales, se rechaza prácticamente por todas las jurisdicciones constitucionales respecto de las normas de rango constitucional. Tesis construida primero sobre la noción de jerarquía, después sobre la fundamentación estatal de la pertenencia a la Unión y, en último término, sobre la garantía, tanto en el derecho estatal como en el comunitario, de la identidad de los Estados miembros. Los más recientes y autorizados estudios de derecho comparado así lo confirman.

La evolución comparada de la jurisprudencia constitucional y ordinaria de los Estados miembros de la Unión y la del propio Tribunal de Justicia estudiada por Vecchio muestra, incluso mas allá de la intención del propio autor, que la formulación, interpretación y difusión de los contralímites constitucionales a la expansión de las competencias de la Unión ha llevado paulatinamente a la revalorización de la posición institucional de los Tribunales Constitucionales nacionales<sup>11</sup>, al realineamiento de la jurisprudencia ordinaria e, incluso, a la europeización de los propios contralímites. Como ha puesto de manifiesto la investigación de Barbara Guastaferrro<sup>12</sup> sobre la decantación del vigente art. 4,2 del TUE y su interpretación jurisprudencial de y en la Unión, la cláusula de identidad muestra un genio expansivo, desde ser un instrumento de aplicación excepcional a suponer un canon preceptivo para el juez e incluso el legislador. Es ilustrativa la evolución desde el intento de racionalización normativa del principio de primacía afirmado por el Tribunal de Justicia en el art. I,5 del frustrado Tratado Constitucional a la modesta declaración nº 17 adjunta

---

<sup>8</sup> *Giurisprudenza Costituzionale* 1973, I, 2406 y ss.

<sup>9</sup> *Constitución Española y Constitución Europea*, Madrid (Sesión conmemorativa de la fundación del Instituto de España) 2004. Cf. *Los riesgos colaterales de la Constitución Europea*, Oviedo (Aula Magna), 2006. Cf. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* LVII, 82 (2004-2005) p. 35 y ss., LVIII, 83 (2005-2006) p.385 y ss.; LXV, 90 (2012-2013), p.387. Hoy el concepto es de creciente actualidad, cf Derosier (ed. *Les limites constitutionnelles à l'integration europeenne. Étbude comparée, Allemagne, France, Italie* París (L.G.D.J.) 2015.

<sup>10</sup> Rodríguez Iglesias, “Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario” *Hacia un Nuevo Derecho Internacional y Europeo. Homenaje al Pfr. Diez de Velasco*, Madrid, 1993, p.1175 y ss. y mi ensayo “Desde el `mientras que`al `si salvo (la jurisprudencia constitucional ante el proyecto europeo)” *Revista Española de Derecho Internacional* LVII, 205, I, p. 89 y ss.

<sup>11</sup> Cf. Komárek, “National constitutional courts in European constitutional democracy”, *International Journal of Constitutional Law*, 12 (2014) 3, p. 525 y ss.

<sup>12</sup> Cf. Guastaferrro, “Beyond the exceptionalism of constitutional conflicts: the ordinary functions of the identity clause”, *Yearbook of European Law*, 31 (2012) 1, p. 263.

al Tratado de Lisboa, cuyo valor normativo ha negado el Tribunal Constitucional alemán en la Sentencia *Lisboa* (parágrafo. 331)

La constitucionalización de los factores de identificación integradora harían las delicias de un Savigny redivivo al insistir en la lengua, la religión y el derecho, como factores materiales de integración, más eficaces, incluso, que los factores simbólicos como los vecsicológicos y heráldicos, esto es las banderas y escudos de relieve constitucional generalizado.

La lengua es sabido que cumple dos funciones, la comunicación y la expresión y es ésta segunda la que se vincula a la identidad. La lengua propia expresa en una doble dimensión la identidad del hablante. Su vinculación a una tradición lingüística y cultural y lo que tras de ello hay y su integración en algo que le antecede y le sobrevivirá. A una lengua que le pertenece y a la que pertenece. Tal es la lengua que se califica como propia, incluso por quienes no la conocen, pero se identifican con ella, y que implica derechos y deberes lingüísticos. Así el deber de conocerla y el derecho a usarla de lo que el vigente derecho español ofrece numerosos ejemplos.

Es cierto que en nuestros días desaparecen numerosas lenguas, porque se extinguen sus hablantes y se obturan sus cauces de transmisión. Pero no lo es menos que en Europa y América del Sur, por solo citar dos áreas especialmente significativas al efecto, se normalizan e, incluso, se oficializan lengua ayer en trance de extinción y hoy de vías expansión y ello por su estima como instrumentos de identificación comunitaria.

Tal es el sentido de la constitucionalización de la lengua o las lenguas que nuestro ilustre correspondiente el Pfr. Miguel Siguan<sup>13</sup> sistematizó en una amplia tipología. Desde el monolingüismo constatado o, lo que es más frecuente, impuesto a las diversas formas de plurilingüismo como técnicas de reconocimiento de identidades diversas en el seno de la misma entidad estatal. Tal es la opción a la que hoy tiende el derecho y la práctica comparada, sin que ello obste a la universalización de lenguas de mera comunicación de escasa o nula capacidad identificadora. Si es la razón mecánica la que explica estas, es la razón afectiva la que impone aquellas.

Especialmente ilustrativo es el valor identificador de la religión según las vigentes constituciones<sup>14</sup>. En el mundo musulmán, con escasas excepciones todas las Constituciones afirman de una u otra manera —desde la mención inicial de Allah a la confesionalidad del Estado— su identidad islámica, tenden-

---

<sup>13</sup> *La Europa de las Lenguas*, Madrid 2ª ed. (Alianza Editorial) 2006, p. 65 y ss.

<sup>14</sup> Cfr. Mi colaboración en el *liber amicorum*, en honor al proferos Garrido Zaragoza, Valencia, 2015.



cia reforzada tras la “primavera árabe”, como muestra la rehabilitación de la cláusulas constitucionales de garantía de la *sharia* y que, cuando se abre al reconocimiento de otras identidades lo hace en función del factor religioso. Máximo ejemplo la reciente constitución de Egipto Y la reciente jurisprudencia de uno de los Estados musulmanes más moderados y tolerantes, Malasya, ha llegado a vincular el monopolio del término “Allah”, única versión malaya del concepto “Dios” con la identidad étnica de los malayos, asociado, a su vez, con el Islam<sup>15</sup>.

Los pequeños Estados de Micronesia ya sean cristianos o musulmanes, ya mantengan residuos paganos, incluyen en sus constituciones fervorosas declaraciones religiosas en algunos casos de resonancias paulinas con fines confesadamente identitarios.

Por su parte, en la secularizada Europa y sin entrar valorar el grado de devoción de los europeos sino en la utilización del factor religioso de identificación nacional, sin contar los microestados, existen siete Iglesias de estado (Reino Unido, Islandia, Suecia, Noruega, Finlandia, Dinamarca y Grecia), otros siete Estados cuyas constituciones reconocen una especial vinculación identitaria con una determinada Iglesia cristiana (España, Italia, Polonia, Bulgaria, Georgia y Armenia) y otros siete con enfáticas declaraciones identitarias cristianas a confesionales (Irlanda, Eslovaquia, Hungría, Croacia, Moldavia, Macedonia y Ucrania) y ello sin contar el tratamiento infraconstitucional de la cuestión en Rumania, Rusia o Serbia (Ley 16/2008, art. 11)

Paralelamente la jurisprudencia francesa, tanto la constitucional como la ordinaria, ha hecho del laicismo un rasgo de su identidad política.

No es de extrañar, por lo tanto que, a partir del Tratado de Amsterdam de 1973 (Declaración II) hasta el vigente Tratado de Funcionamiento de la UE art. 17), el derecho primario de la Unión haya hecho del tratamiento de las Iglesias en cada Estado el primer contralímite a sus competencias.

Análogamente la separación entre el Estado y las diferentes confesiones religiosas, junto con la mas amplia libertad en la materia es un rasgo identitario del orden constitucional de los Estados Unidos. Algo que, según autorizada doctrina politológica que sigue las pautas en su día marcadas por Adam Smith y Tocqueville, ha contribuido a hacer de los Estados Unidos el país mas religioso del mundo desarrollado.

---

<sup>15</sup> Cfr.Neo, “What’in a name? Malaysia’a Allah ongrovedrsy and the giudicil interwining of Islam with ethnic identity”, *International Journal of Constitutional Law*, 12 (1914), 3, p. 751 y ss.

En cuanto al derecho privado, expresión de la identidad de un pueblo ha demostrado históricamente su resistencia a los intentos de uniformidad. La Codificación se consiguió *ratione imperii* en Francia por la dictadura napoleónica, *imperio rationis* en Alemania con el BGB por el empuje del germanismo jurídico alentado por la Escuela Histórica y en la España liberal mediante la aceptación del pluralismo jurídico definitivamente consagrado en la Constitución de 1978. La española “cuestión foral” se repite en la Europa de hoy al amparo de las exigencias de la unidad de mercado. Pero si el derecho mercantil hoy como el marítimo ayer, se uniformiza por la uniformidad de su espacio, los derechos reales, y obligacionales, el de familia y sucesiones muestran su raíz local en concretas identidades populares. Así lo muestra el choque de los proyectos de unificación del derecho privado como instrumento de unificación del mercado con los derechos locales y su garantía institucional, según puso de relieve, recientemente, el Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyectado Código Mercantil (nº 837/2014.).

Tales factores de identificación, proclamados en una constitución democrática, son otros tantos factores de integración en el sentido que Rodolfo Smend diera a los términos, que fundamentan lo que antes denominé orden por comunión, ese orden que habilita la pacífica concurrencia. La identidad puede y debe ser defendida frente a su erosión externa e interna y las más autorizadas manifestaciones del constitucionalismo democrático, por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos del Hombre y su tutela por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, relativa a la indumentaria islámica en Turquía y Francia así lo entienden.

Si la ciudadanía por las razones expuestas requiere para ser efectiva basarse en una identidad, la libertad de nosotros los modernos exige modular la identidad de manera que sea capaz de integrar las diferencias sin destruir la comunión. En expresión de quien fue presidente ilustre de esta Real Academia, Luis Díez del Corral, marco amplio y poroso que deje espacio para respirar libremente.