

# LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO EUROPEO: EL CONCEPTO REFORMADO Y SU BÚSQUEDA DE LA COMPARACIÓN

ARMIN VON BOGDANDY<sup>1</sup>

## *Cómo citar/Citation*

Von Bogdandy, A. (2016). La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 54, 441-471. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.54.01>

## **Resumen**

El artículo analiza los diferentes conceptos de derecho europeo. Se defiende un concepto amplio que engloba el derecho de la UE y los instrumentos internacionales que lo completan, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, las diversas normas nacionales que aplican o desarrollan estas normas transnacionales, así como el derecho comparado europeo. Considerando que hasta ahora el estudio conjunto de estos diferentes regímenes se hacía para avanzar en la integración europea, el artículo sugiere que la idea de abogar por un espacio jurídico europeo es más útil en la actualidad. Así concebido, el derecho europeo identifica el complejo puzzle de ordenamientos jurídicos interdependientes, enmarca las reconstrucciones teóricas y doctrinales correspondientes, y permite que las fuerzas con divergentes puntos de vista concurren en un mismo campo jurídico, dando lugar a una plataforma disciplinar más neutral. En este marco, el derecho comparado europeo encuentra una nueva misión, así como una base jurídica sólida.

---

<sup>1</sup> Director del Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y de Derecho Público Comparado, Heidelberg. Este estudio procede de una ponencia en la Jornada en honor de Gil Carlos Rodríguez Iglesias (Madrid, abril de 2016) y en el Congreso de la Fédération Internationale pour le Droit Européen (Budapest, mayo de 2016), traducida por Macarena Burgos Alcaide. Estoy agradecido a Sabrina Ragone por su colaboración en la elaboración del texto.

**Palabras clave**

Derecho europeo; derecho comparado europeo; integración europea; espacio jurídico europeo; transformación de Europa; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tribunal Constitucional italiano.

**THE TRANSFORMATION OF EUROPEAN LAW: THE REFORMED CONCEPT  
AND ITS QUEST FOR COMPARISON**

**Abstract**

The article investigates competing understandings of European law. It supports a broad concept, embracing EU law, supplementing international instruments, the European Convention on Human Rights, various domestic laws enacting or responding to such transnational law, as well as European comparative law. Whereas so far the idea bringing these different regimes together has been to advance European integration, the article suggests that the idea to provide for a European legal space is more helpful today. So conceived European law identifies the puzzling complex of interdependent legal orders, frames corresponding theoretical as well as doctrinal reconstructions, and allows forces with diverging outlooks to meet in one legal field, on one more neutral disciplinary platform. Within this framework, European comparative law finds a new mission as well as a sound legal basis.

**Key words**

European law; European comparative law; European integration; European legal space; transformation of Europe; Court of Justice of the European Union; European Court of Human Rights; Italian Constitutional Court.

**LA TRANSFORMATION DU DROIT EUROPÉEN: LE CONCEPT REFORMÉ  
ET LA RECHERCHE DE LA COMPARAISON**

**Résumé**

Cet article analyse les concepts concurrentes du droit européen. Il défend une conception élargie, qui englobe le droit de l'UE et les instruments internationaux complémentaires, la Convention européenne des droits de l'homme, les diverses normes nationales qui appliquent et développent ces normes transnationales, ainsi que le droit comparé européen. Alors que jusqu'à présent l'idée amenant ces différents régimes ensemble a été de faire progresser l'intégration européenne, l'article suggère que l'idée de prévoir un espace juridique européen est plus utile aujourd'hui. Ainsi conçu, le droit européen identifie le complexe puzzle des ordres juridiques interdépendants, il cadre les reconstructions théoriques et doctrinales correspondantes, et il permet aux

forces avec divergentes perspectives de se rencontrer dans un domaine juridique avec une plateforme disciplinaire plus neutre. Dans ce cadre, le droit comparé européen trouve une nouvelle mission ainsi qu'une base juridique solide.

**Mots clés**

Droit européen; droit compare européen; intégration européenne; espace juridique européen; transformation de l'Europe; Cour de justice de l'Union européenne; Cour européenne de droits de l'homme; Cour constitutionnelle italienne.

## SUMARIO

---

I. DERECHO EUROPEO. MUCHO MÁS QUE UN NOMBRE. II. LA EVOLUCIÓN DEL CAMPO Y SU DIMENSIÓN COMPARADA: 1. La agenda original del derecho comparado; 2. Cómo la transformación de Europa ha ampliado la agenda; 3. La lógica comparativa de las redes horizontales. III. EL CONCEPTO DE DERECHO EUROPEO: 1. Características básicas; 2. Emancipar la unidad europea de la idea de la integración; 3. Notas sobre la «trayectoria» de la dimensión espacial; 4. Un espacio jurídico, no un ordenamiento jurídico. IV. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS COMPARACIONES EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO: 1. El desafío metodológico; 2. ¿Por qué el derecho comparado europeo es diferente? V. PEQUEÑOS PASOS Y UN POSIBLE SALTO DE GIGANTE.

---

### I. DERECHO EUROPEO. MUCHO MÁS QUE UN NOMBRE

¿Qué es el derecho europeo? Esta cuestión ha sido polémica desde los inicios de la disciplina. Ya en 1967, el Consejo de Europa desafió el concepto de la *Fédération Internationale pour le Droit Européen*, según el cual el derecho comunitario equivale al derecho europeo<sup>2</sup>. Hermann Mosler elaboró la opinión del Consejo de Europa en 1968. En su definición, el derecho europeo consta del derecho comunitario, en la actualidad derecho de la Unión Europea (en adelante, «UE»), pero también del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de diversas leyes nacionales que implementan o responden a dicha ley

---

<sup>2</sup> «The International Federation for European Law is set up, bringing together the national associations created in the Member States of the European Community, the activity of which is devoted to the study and development of the law and institutions of the European Community» (art. 1, Statutes of the International Federation for European Law); véase el CONSEJO DE EUROPA, *The Teaching of European Law in Member States*, EXP/Spec. Comp. (67) 14, en 9. El reto no se ha reducido; muchas revistas, manuales o enciclopedias teóricamente de derecho europeo siguen publicando casi exclusivamente trabajos sobre el derecho de la UE.

transnacional y, de forma complementaria, del derecho comparado europeo<sup>3</sup>. Lo que lo aglutina todo es el impulso de avanzar en la integración europea.

La presente aportación presentará argumentos sobre por qué es apropiado mantener un concepto amplio. Sin embargo, hay dos aspectos en los que nuestro concepto de derecho europeo debería cambiar. En primer lugar, los elementos de derecho nacional y comparado del derecho europeo no son de importancia secundaria sino fundamental. En segundo lugar, la idea central del derecho europeo ya no es la de avanzar en la integración, sino la de proporcionar un espacio jurídico conforme a los valores del art. 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, «TEU»).

En este marco, el concepto de «derecho europeo» encarna este complejo conjunto de ordenamientos jurídicos interdependientes, articula la ambición de lograr su teorización y enmarca las reconstrucciones doctrinales correspondientes. Proporciona una herramienta analítica que trata de contemplar todo el marco abarcando elementos nacionales, supranacionales e internacionales. Al mismo tiempo, tiene un objetivo normativo: el concepto de «derecho europeo» no es un descriptor neutro; al contrario, es un concepto que refleja una posición y desempeña un papel performativo.

En primer lugar, el enfoque del «derecho europeo» persigue la unidad europea tal y como se expresa en el preámbulo del TUE. La unidad europea tiene un valor fundamental; aunque se mantiene abierta en muchos aspectos, no está exenta de contornos ni de numerosos elementos fijados. Algunos de estos pueden captarse con facilidad mediante una comparación con otras experiencias de integración regional, sobre todo en América Latina.

En segundo lugar, y contrariamente a una idea del derecho europeo que se centra en el derecho de la UE, este concepto resalta el papel de los distintos ordenamientos jurídicos internos como los *loci* de la mayoría de las actuaciones jurídicas, de normatividad profunda y de un acervo académico rico. Pretende establecer de forma real su sorprendente diversidad, compuesta por Estados más fuertes y más débiles, con estructuras administrativas que van desde las tradiciones inglesa y francesa hasta las tradiciones otomana y post-colonial, por sistemas unitarios y federales, por formas distintas de justicia

---

<sup>3</sup> Como referencia, Hermann MOSLER, «Begriff und Gegenstand des Europarechts» (1968) 28 ZaöRV 481, 484; véase también Gian Piero ORSELLO, Autonomía e originalità del diritto europeo, en *idem* (ed.), *L'Italia e Europa*, Volume II, Abete, Roma, 1966, p. 422; más recientemente, Pedro CRUZ VILLALÓN, «European Essentials: A Contribution to Contemporary Constitutional Culture», en Hermann-Josef BLANKE, Pedro CRUZ VILLALÓN y Tonio KLEIN (eds.), *Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber*, Springer, Heidelberg, 2015, p. 28, y Bernard STIRN, *Vers un droit public européen*, Montchrestien, París, 2012, p. 149.

constitucional y de cultura académica. Si se interpreta de forma apropiada como espejo, estructuración y orientación de la comunicación jurídica en el espacio jurídico europeo, el derecho europeo podrá fundamentar y estructurar los complejos vínculos de la unidad europea.

En tercer lugar, el derecho europeo propugna un conocimiento académico que esté a la altura de la complejidad de esos vínculos. Esto implica unir lo que nuestro pensamiento convencional, es decir, el pensamiento en términos de «ordenamientos jurídicos», distingue de forma clara: el derecho de la UE, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, leyes nacionales que implementan o responden a dicho derecho transnacional, el derecho comparado y algunos instrumentos internacionales. Un enfoque semejante no rechaza el pensamiento en términos de ordenamientos jurídicos, sino que lo incorpora en un marco conceptual más amplio con el fin de responder a una mayor complejidad jurídica.

## II. LA EVOLUCIÓN DEL CAMPO Y SU DIMENSIÓN COMPARADA

### 1. LA AGENDA ORIGINAL DEL DERECHO COMPARADO

El análisis del derecho nacional no es en absoluto ajeno al derecho transnacional. La comparación ha tenido una posición en el derecho internacional moderno desde que Édouard Descamps inventó lo que es ahora el art. 38, párr. 1 letra c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>4</sup>. Sin embargo, el derecho comparado, a decir verdad, no es muy importante para el derecho internacional como se practica. Además, el derecho nacional sigue siendo un «hecho» en virtud del derecho internacional, no se considera parte del mismo.

El estudio del derecho europeo ha sido más incluyente desde el inicio. En su definición amplia, incluye aquellas partes de los derechos nacionales que trasladan y responden a las partes transnacionales del derecho europeo. Así, muchas presentaciones que se hagan del ámbito abarcan al derecho interno. Naturalmente, debido a distintas limitaciones, los académicos a menudo solo se fijan en el ordenamiento interno que mejor conocen, pero resulta evidente que el derecho europeo requiere una apertura mayor. Asimismo, la comparación de derechos nacionales cumple funciones específicas respecto del enfoque transnacional: generar principios comunes que: a) contribuyen a

---

<sup>4</sup> Véase Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, CUP, Cambridge, 2001, p. 161.

interpretar el derecho transnacional, b) ayudan a las instituciones a adoptar normas jurídicas y c) ayudan a identificar un *ordre public* común que se centre en los derechos individuales, el Estado de derecho y el gobierno democrático<sup>5</sup>. En comparación con la orientación tradicional del derecho internacional al derecho privado comparado<sup>6</sup>, el derecho europeo inició su andadura con una fuerte orientación hacia el derecho público comparado<sup>7</sup>.

Los tribunales europeos son un ejemplo muy estudiado de esto. Ambas instituciones, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, «TJUE») como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»), cuentan con unidades especiales de investigación sobre derecho comparado. La comparación ayuda, por ejemplo, a determinar el denominado consenso europeo, una herramienta argumentativa de peso que el TEDH utiliza para desarrollar el derecho convencional<sup>8</sup>. De forma similar, el TJUE utiliza la «comparación evaluativa»<sup>9</sup>. De hecho, numerosos estudios sobre el derecho comunitario y posteriormente el derecho de la UE han validado este enfoque y siguen haciéndolo<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Hermann Mosler, «Begriff und Gegenstand des Europarechts», véase nota 3.

<sup>6</sup> La comparación con el pensamiento de Mosler acerca del derecho internacional es reveladora; véase Hermann MOSLER, «General Principles of Law», en Rudolf BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, OUP, Oxford, 1995, p. 518 y ss.; para consultar un análisis influyente, véase Hersch LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longman, Londres, 1927.

<sup>7</sup> Como ejemplo, MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT (ed.), *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, Heymann, Köln, 1967.

<sup>8</sup> Ese consenso, naturalmente, debe ir más allá del espacio jurídico europeo, pero el espacio constituye el núcleo del argumento. Véase Kanstantsin DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, CUP, Cambridge, 2015. Para consultar una visión desde dentro del TEDH, véase Luzius WILDHABER, Arnaldur HJARTARSON y Stephen M DONNELLY, «No Consensus on Consensus?», *HRLJ*, vol. 33, 2013, p. 248; y para consultar una visión crítica desde fuera de Europa, Eyal BENVENISTI, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *NYUJ Int' L L & Pol.* 1999, vol. 31, p. 843.

<sup>9</sup> En ocasiones se malinterpreta de forma espectacular; compárese CJEU, C-144/04, *Mangold* (ECLI:EU:C:2005:709).

<sup>10</sup> Entre las contribuciones importantes al derecho público europeo, el ámbito que mejor conozco, se encuentran Jürgen SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vol., Nomos, Baden-Baden, 1988; Constance GREWE y Hélène RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Presses universitaires de France, París, 1995; Christian STARCK, «Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht» *JZ* 1997, vol. 52, 1021, p. 1030; Anne-Marie SLAUGHTER, Alec STONE SWEET y Joseph H WEILER

## 2. CÓMO LA TRANSFORMACIÓN DE EUROPA HA AMPLIADO LA AGENDA

Sin embargo, teniendo en cuenta la transformación que se ha desencadenado a raíz de la integración, el conocimiento académico sobre el derecho europeo debe ir más allá de esos inicios. Ni los más visionarios a finales de los años ochenta podrían siquiera haber concebido gran parte de lo que es en la actualidad la práctica jurídica habitual en Europa<sup>11</sup>. Puede resultar paradójico de primeras, pero el propio éxito de la construcción de un nuevo sistema de gobierno, aunque no sea un Estado federal, otorga un papel mucho más significativo a los derechos internos y a su comparación. Hoy en día, el estudio de los derechos internos y su comparación han superado con creces el papel que se les había atribuido en los años sesenta, cuando se calificó de mera *Hilfswissenschaft* (ciencia complementaria), evocando al *Hilfsarbeiter*, es decir, el subalterno, ayudante<sup>12</sup>.

Realizar una recapitulación de algunos aspectos importantes de la transformación europea y del desarrollo del derecho europeo ayuda a ver con mayor claridad este papel adicional. A principios de los años sesenta se inició una primera dinámica transformadora, que estableció los elementos fundamentales del derecho europeo: las instituciones comunitarias ganaron autoridad y el derecho comunitario pasó a estar integrado en prácticas institucionales de gran escala y, a la vez, a ser una parte normal de los discursos jurídicos nacionales<sup>13</sup>. Estos elementos se entrelazaron en la narrativa progresista de

---

(eds.), *The European Courts and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, London, 1998; Peter HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2002; Michel FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Presses universitaires de France, París, 2006; Paolo RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Turín, 2010; Albrecht WEBER, *Europäische Verfassungsvergleichung*, CH Beck, Munich, 2010; Claus-Dieter CLASSEN, *Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2013, y Maartje DE VISSER, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2014.

<sup>11</sup> Recuerdo conversaciones muy gratas con Gil Carlos Rodríguez Iglesias, así como con Sabino Cassese, Claus-Dieter Ehlermann, Ulrich Everling, Ernst Steindorff y Manfred Zuleeg.

<sup>12</sup> Hermann MOSLER, «Begriff und Gegenstand des Europarechts», véase nota 3, p. 489.

<sup>13</sup> Como texto de referencia, véase Joseph H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Mulino, Bolonia, 1982; Joseph H. WEILER, «The Transformation of Europe», YLJ 1991, vol. 100, p. 2403; para otros análisis importantes, véase Anna K. MANGOLD, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsord-*

la Europa que estaba formando una comunidad europea de derecho<sup>14</sup>. En términos más teóricos, el derecho comunitario se transformó en la «libertad concreta» de Hegel, las «instituciones» de Hauriou o Santi Romano, el «orden concreto» de Schmitt, las «relaciones de clase» marxistas o el «campo jurídico» de Bourdieu.

En la actualidad, pocos dudan de que la pertenencia a la UE haya transformado el derecho interno de forma profunda, incluso el derecho público, tradicionalmente considerado el símbolo de la soberanía nacional. Ha surgido un derecho público transnacional que se ha conceptualizado como un proceso de «constitucionalización» del derecho comunitario. Se ha formado un derecho administrativo europeo. Han surgido un derecho privado europeo y un derecho penal europeo<sup>15</sup>. Todos estos conceptos podrían elaborarse mediante la comparación de capas profundas de pensamiento jurídico interno, no solo de derecho positivo. Al mismo tiempo, el impacto interno del derecho comunitario ha sido analizado sobre todo en su vertiente de «europeización» del derecho interno (y de sus instituciones). Aunque este concepto de «europeización» no es muy claro, evidentemente requiere un estudio comparativo de los fenómenos internos más allá de la intención comparativa original, ya que debe abordarse la dimensión sistémica. Los códigos nacionales ya no proporcionan un sistema jurídico, dada la superposición en gran medida no sistemática del derecho privado de la UE. De forma similar, se cuestionan seriamente

---

*nung in historisch-empirischer Sicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, y Luuk VAN MIDDELAAR, *The Passage to Europe. How a Continent Became a Union*, Yale University Press, New Haven, 2013. Hoy en día, muchos manuales incluyen de forma natural el derecho europeo en su análisis del derecho constitucional nacional. Basta mencionar a Beniamino CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa: profili di diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Turín, 2015 y Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *Derecho constitucional europeo*, Sanz y Torres, Madrid, 2015.

<sup>14</sup> Walter HALLSTEIN, *Der unvollendete Bundesstaat*, Econ Verlag, Viena, 1969, pp. 33 y ss. Esto ha sido ya historizado de forma concienzuda; como análisis de referencia, véase Antoine VAUCHEZ, *Brokering Europe. Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, CUP, Cambridge, 2015. Entender la contingencia del proceso contribuye a la consciencia de su importancia.

<sup>15</sup> Mario P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2011; Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Antonio Manuel MORALES MORENO, Encarna ROCA TRIAS, *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002; Reinhard ZIMMERMANN, *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung*, 2006, 46 y ss.; Ulrich SIEBER, «Die Zukunft des Europäischen Strafrechts», *ZStW* 2009, vol. 122, pp. 1 y ss., y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *European Federal Criminal Law*, 2015.

los papeles sistémicos establecidos de los derechos fundamentales nacionales, implementados por los tribunales constitucionales nacionales.

Una segunda dinámica transformadora surge de la creciente politización de Europa. Esto ocurre de varias formas distintas. Se ha producido una cierta politización con la generación de un público general: la cuestión de cómo promover el bien común mediante el derecho europeo se ha convertido en muchos casos en la esencia de la política pura y dura, ya sea en el ámbito nacional, entre países o a nivel europeo. Hoy en día, se pueden ganar y perder elecciones por cuestiones relativas al derecho europeo. Si un verdadero sistema gubernamental europeo requiere un público europeo<sup>16</sup>, aquí lo tenemos, aunque probablemente sea diferente de lo que los federalistas europeos habían esperado. El público europeo no está centrado en el ámbito político europeo común, sino que está disperso. Esto requiere realizar las reconstrucciones académicas correspondientes: por ejemplo, solo puede captarse la legitimidad democrática de muchas políticas nacionales y europeas a través de interpretaciones holísticas que incluyen todas las dimensiones del derecho público europeo<sup>17</sup>. En un entorno no hegemónico, esas construcciones deben ser comparativas.

La politización tiene más dimensiones, aún más difíciles. No solo remite a políticas específicas, sino que también cuestiona el sistema de gobierno europeo en sí mismo. La propia fe en el derecho europeo como logro histórico está sometida a gran presión, al igual que los cimientos del derecho europeo, como son el carácter liberal de todos los Estados miembros o la presunción del cumplimiento del derecho<sup>18</sup>. Naturalmente, el *ordre public européen* siempre ha sido un asunto de debate para el derecho comparado europeo. No obstante, la magnitud de los desafíos contemporáneos requiere una revisión de los elementos básicos del constitucionalismo europeo, para empezar porque existen fuerzas democráticas que cuestionan estos elementos básicos, como

---

<sup>16</sup> Dieter GRIMM, «Does Europe need a Constitution?», *European Law Journal* 1995, n° 1, p. 282; Dieter GRIMM, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, CH Beck, Munich, 2016, p. 130.

<sup>17</sup> Como ejemplo, véase Ian COOPER, «A Virtual Third Chamber of the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon» (2012) 35 *West European Politics*, vol. 35, 2012, p. 441.

<sup>18</sup> Para consultar un análisis detallado, véase Hanspeter KRIESI y Edgar GRANDE, «The restructuring of political conflict in Europe and the politicization of European integration», en Thomas RISSE (ed.), *European Public Spheres – Politics is back*, CUP, Cambridge, 2015, p. 190.

se ha producido de forma muy visible en la crisis constitucional polaca de 2015/2016<sup>19</sup>.

Sería erróneo ubicar únicamente en la UE la dinámica transnacional que está impulsando la transformación. El derecho europeo va más allá del derecho de la UE porque la dinámica transformadora también lo hace. El Convenio Europeo de Derechos Humanos en particular, en gran medida de forma paralela al desarrollo del derecho comunitario, ha adquirido para un número creciente de ordenamientos<sup>20</sup> una función constitucional, que ahora está consagrada en el art. 6 del TUE. La parte más destacada de la normatividad constitucional nacional, los derechos fundamentales, está ahora integrada en el derecho europeo, aun de forma controvertida. De ahí han surgido una politización y una contestación<sup>21</sup>, planteando la cuestión de cómo entender y orientar los cambios en los derechos fundamentales nacionales. Una forma importante de estudiar esto es mediante una perspectiva comparativa<sup>22</sup>.

### 3. LA LÓGICA COMPARATIVA DE LAS REDES HORIZONTALES

Otra dinámica que está transformando el derecho interno surge del trabajo en red entre instituciones nacionales<sup>23</sup>. En el pasado, el derecho interno constituía un sistema cerrado, autosuficiente de comunicación jurídica; los contactos con las instituciones públicas de otros países se encauzaban a través del ministerio de asuntos exteriores. Hoy en día, las cosas son claramente

<sup>19</sup> Compárese el Dictamen núm. 833/2015 de la Comisión de Venecia de 11 de marzo de 2016, disponible en <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=C-DL-AD%282016%29001-e> (último acceso el 16 de marzo de 2016), en particular los apartados 16, 17, 21 y 22.

<sup>20</sup> Christoph GRABENWARTER, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *VVDStRL* 2001, vol. 60, pp. 290, 300 y ss., 30, 8 y ss.

<sup>21</sup> La llamada Declaración de Brighton ofrece un buen ejemplo de los debates y las cuestiones políticas planteados por el TEDH; está disponible en [http://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf) (último acceso el 14 de marzo de 2016); otro ejemplo es el debate sobre la admisibilidad, el margen de apreciación y la subsidiariedad.

<sup>22</sup> Helen KELLER y Alec STONE SWEET (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, OUP, Oxford, 2008.

<sup>23</sup> Sobre la teoría de las redes, véase Henning LAUX, *Soziologie im Zeitalter der Komposition: Koordinaten einer integrativen Netzwerktheorie*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist-Metternich, 2014. Respecto a su aplicación a Europa, véase Ingolf PERNICE, «La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie», *ZaöRV*, vol. 70, 2001, p. 51.

distintas: es algo habitual que los miembros del Gobierno y los diputados, los funcionarios públicos, los administradores y los jueces interactúen con sus colegas europeos a la hora de prepararse para ejercer sus facultades, a menudo en el seno de redes institucionalizadas<sup>24</sup>. Incluso instituciones como los tribunales supremos y constitucionales, que habitualmente se encuentran en la cúspide solitaria del poder correspondiente, han formado redes institucionalizadas que informan de su jurisprudencia<sup>25</sup>. Aunque en ocasiones es un requisito establecido por el derecho de la UE, gran parte de esta actividad entre instituciones nacionales es autónoma.

Esta apertura horizontal o permeabilidad<sup>26</sup> de los espacios jurídicos internos trasciende los fundamentos originales del derecho europeo y constituye una transformación jurídica de grandísima importancia. Subraya la dimensión comparativa del derecho europeo, que pasa así a ser una práctica rutinaria para muchos profesionales europeos. Esto incrementa la necesidad de adquirir una cierta comprensión de distintos sistemas jurídicos, en primer lugar porque las redes institucionalizadas a menudo dan lugar a control mutuo, a *peer review*.

El conocimiento de otros sistemas jurídicos y el razonamiento comparativo pueden ayudar a los juristas, funcionarios o jueces que interactúan en el espacio jurídico europeo a entender a sus colegas y a ajustar su línea de

<sup>24</sup> Como análisis detallado, véase Armin VON BOGDANDY, «Die Informationsbeziehungen im europäischen Verwaltungsverbund», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Andreas VOSSKUHLE (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. 2, CH Beck, Munich, 2012, p. 365.

<sup>25</sup> Christoph GRABENWARTER, «Summary of the results for the previous sessions», para el XVI Congreso de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, en VERFASSUNGSGERICHTSHOF DER REPUBLIK ÖSTERREICH (ed.), *The Cooperation of Constitutional Courts in Europe: Current Situation and Perspectives*, vol. 1, Verlag Österreich, Viena, 2014, pp. 170-1. Sobre el caso español en perspectiva amplia, véase el texto presentado a la XVI Reunión Trilateral de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España (Santiago de Compostela, 2014), dedicado a *La tutela multinivel de los derechos fundamentales*, por el magistrado S. MARTÍNEZ-VARES GARCÍA y el letrado T. de la QUADRA-SALCEDO JANINI, publicado en la página web del TC, [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es), pp. 31 y ss. Para un análisis más amplio del efecto transformador de la pertenencia a la UE, J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, *Treinta años de España en la unión europea: la apasionante historia de una profunda transformación jurídica*, en E. NASARRE GOICOECHEA, F. ALDECOA LUZÁRRAGA (eds.), *Treinta años de España en la Unión Europea: el camino de un proyecto histórico*, Madrid, 2015, pp. 165 y ss.

<sup>26</sup> Como texto de referencia, véase Mattias WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

argumentación con arreglo a ello. Los tribunales nacionales, sobre todo constitucionales, son un ejemplo muy estudiado de esto. De forma cada vez más frecuente cuentan con personal dedicado a la investigación de derecho comparado.<sup>27</sup> Cada vez hay más interés en Europa por los fallos de los tribunales de otros países. Ahora es algo bastante habitual que los jueces se sirvan en su trabajo de fallos de colegas extranjeros, aunque esa fuente no siempre se cite. Esto prueba la dimensión «horizontal» del espacio jurídico europeo. Los tribunales nacionales utilizan el argumento comparativo, en particular para justificar decisiones de gran calado.<sup>28</sup> Sin duda, esto es lo que sugiere la interacción relevante desde un punto de vista sistémico de todos los tribunales del espacio jurídico europeo. No obstante, para poder hacer un uso razonable de esto se requiere un conocimiento mutuo profundo con el fin de evitar interpretaciones erróneas. Esto requiere una preparación académica mediante la transmisión de un conocimiento *estructural profundo*.

El trabajo en red horizontal es importante para hacer que sea efectivo el ejercicio de la autoridad pública por parte de todas las instituciones implicadas, en particular de las instituciones de la UE. Sin embargo, también tiene el resultado de que se les ponen límites, como muestra la mención recíproca de los tribunales constitucionales en fallos que controlan a las instituciones europeas<sup>29</sup>. Esto nos lleva a otro aspecto: el derecho europeo originario parecía partidario de desarrollar la integración. Ahora bien, su éxito llevó a que se realizaran las limitaciones: se han elaborado las doctrinas sobre las competencias, se han inventado nuevas limitaciones, en particular en relación con la protección de la «identidad». La limitación de las instituciones transnacionales pasó a ser un asunto central del derecho europeo. En la actualidad, el derecho europeo consiste no solo en desarrollar, sino también en resistirse a la europeización vertical.

---

<sup>27</sup> Una unidad de investigación de derecho comparado del Tribunal Constitucional italiano ha publicado hasta la fecha varios expedientes sobre cuestiones planteadas al tribunal. Están disponibles en: [http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina\\_1123.do](http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_1123.do) (último acceso el 17 de marzo de 2016).

<sup>28</sup> Véase la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 15 de diciembre de 2015: *Europäischer Haftbefehl* (ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr2735142) mn 47.

<sup>29</sup> Peter M HUBER, «Offene Staatlichkeit: Vergleich», en Armin VON BOGDANDY, Pedro CRUZ VILLALÓN y Peter M HUBER (eds.), *IPE vol. II*, CF Müller, Heidelberg, 2008, pp. 442–8; Mattias WENDEL, «Die Europa-Entscheidungen der Verfassungsgerichte», en Christoph GRABENWARTER y Erich VRANES (eds.), *Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund. Grundfragen und neueste Entwicklungen*, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 134.

De hecho, el derecho interno, en particular el derecho público interno, ha desarrollado una nueva función, la de expresar la identidad nacional. Ahora más que nunca, parece inviable desde un punto de vista político, jurídico y normativo que el derecho de la UE domine el derecho europeo de una forma comparable a la prevalencia del derecho federal en los Estados federales: la mayor parte de los europeos se sienten demasiado diferentes para que eso pueda suceder. Esta diversidad no es simplemente una afirmación como tal: el art. 4 del TUE protege el núcleo normativo, que se considera que permite la integración social.

En resumidas cuentas, estas transformaciones sugieren que se debe enfatizar el elemento interno, nacional, del derecho europeo. Hoy en día, el interés académico no se limita a los principios comunes, sino que también se centra en las lógicas operativas, ya sean comunes o divergentes. De forma similar, crece el interés por otros ordenamientos jurídicos nacionales, no solo con el objetivo de aprender acerca de dichos ordenamientos, sino también para ajustar su propio sistema. La integración de distintos ordenamientos jurídicos en un espacio jurídico europeo común requiere estudiarlos y reconstruirlos a la luz del nuevo contexto más amplio. Los juristas deben revisar y reconstruir su *acquis* doctrinal nacional.

### III. EL CONCEPTO DE DERECHO EUROPEO

#### 1. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

«Derecho europeo» no es solo un nombre, sino que aspira a servir como un concepto que define un ámbito jurídico y aborda la transformación estructural del derecho en Europa. Para convertir un término en un concepto sólido, se requiere un esfuerzo teórico. Para ser más precisos: si el término «derecho europeo» debe encarnar un concepto, debe identificar (o distinguir) algo y vincular diversos fenómenos, experiencias, entendimientos teóricos o datos en una conexión que proporcione un conocimiento que trascienda la mera descripción de los asuntos<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Esto es naturalmente solo una de las muchas maneras de conceptualizar conceptos; esta postura se basa en Reinhart KOSELLECK, «Einleitung», en Otto BRUNNER, Werner CONZE y Reinhart KOSELLECK (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, vol. 1, Klett-Cotta, Stuttgart 1972, pp. XIII, XXIII.

De modo que, ¿cómo definir la «europeidad» del derecho europeo? El término «europeo» evoca, con toda su vaguedad<sup>31</sup>, una asociación bastante específica que tiene por objetivo organizar un continente, una región, un espacio. Con este objetivo, el derecho europeo como concepto vincula distintos fenómenos jurídicos, en particular el derecho de la UE, fenómenos jurídicos internos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales complementarios como el Tratado del MEDE. Esta aglutinación proporciona una fuerza distintiva suplementaria.

La aproximación a los fenómenos jurídicos con el concepto de derecho europeo difiere del pensamiento jurídico tradicional en cuanto que el concepto reúne normas que convencionalmente se atribuyen a distintos ordenamientos jurídicos<sup>32</sup>. Su corte diferente no es un efecto secundario, sino una característica central del concepto. La agregación que propone pretende articular las numerosas experiencias de una interacción profunda de los distintos fenómenos jurídicos. De hecho, las teorías correspondientes, como el «constitucionalismo multinivel» europeo, las construcciones europeas compuestas, la mayoría de las ramas del pluralismo jurídico europeo o las teorías sobre las redes europeas y, por supuesto, el federalismo europeo son una parte esencial del ámbito que enmarca este concepto<sup>33</sup>. Aunque estas teorías difieren en aspectos importantes, todas consideran que dichos ordenamientos jurídicos están tan profundamente conectados que esa interconexión forma parte de su identidad. Esta se considera una característica definitoria y un fenómeno europeo específico.

El derecho europeo no rechaza el pensamiento en términos de ordenamientos jurídicos, pues cualquier decisión acerca de la validez, legalidad, efectos jurídicos y legitimidad de un acto requiere que dicho acto se relacione con un ordenamiento específico. El derecho europeo no aboga por la eliminación de las diferencias, sino por una adecuada complejidad: sostiene que muchos

---

<sup>31</sup> Sobre los muchos significados de «Europa», Edoardo TORTAROLO, «Europa. Zur Geschichte eines umstrittenen Begriffs», en: Armin VON BOGDANDY (ed.), *Die Europäische Option*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 21.

<sup>32</sup> En este punto no debemos olvidar que el concepto de ordenamiento jurídico no es fijo, sino una construcción repleta de supuestos; para consultar un análisis detallado en el contexto europeo, véase Dana BURCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 15 y ss., 220 y ss., 242-243.

<sup>33</sup> Para consultar una reconstrucción de esos debates, véase Ferdinand WEBER, «Formen Europas. Rechtsdeutung, Sinnfrage und Narrativ im Rechtsdiskurs um die Gestalt der Europäischen Union», *Der Staat*, 2016, vol. 55 de próxima publicación. En relación con el constitucionalismo de varios niveles, véase Antonio D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, Turín, 2007.

de estos actos dependen del contexto mayor, porque forman parte del espacio jurídico europeo.

Esto contribuye a la fuerza distintiva del concepto. El derecho europeo como enfoque reconstructivo se enfrenta por un lado al enfoque tradicional que explica todos los fenómenos jurídicos a través de la soberanía nacional<sup>34</sup> y que de este modo se esfuerza por mantener el ordenamiento jurídico interno aislado de todo lo ajeno, manifestando que el derecho de la UE no es más que una extensión del derecho interno<sup>35</sup>. Por otro lado, se distingue de las posturas que interpretan los desarrollos europeos como una instancia de la gobernanza global, cuantitativa pero no cualitativamente diferente de las experiencias que se producen en el marco de la OIT, Naciones Unidas, NAFTA, Mercosur o cualquier otra unión aduanera regional<sup>36</sup>.

El derecho europeo elabora la intuición de que esta conexión afecta la identidad de todos los derechos implicados, y que lo hace de un modo cualitativamente diferente de las conexiones que genera la gobernanza global<sup>37</sup>. En pocas palabras: el derecho europeo establece y mantiene un espacio jurídico común.

## 2. EMANCIPAR LA UNIDAD EUROPEA DE LA IDEA DE LA INTEGRACIÓN

El concepto de derecho europeo presenta un enfoque que desafía el modelo estándar de sistematización, que consiste en estudiar una norma solamente en relación con un ordenamiento jurídico específico. Esta revisión de un patrón bien establecido requiere una justificación. La principal justificación es que el derecho europeo pone en relación fenómenos de distintos ordenamien-

<sup>34</sup> Georg JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (primera publicación en 1882), editado por Walter Pauly, Keip, Goldbach, 1996, pp. 16 y ss., 36.

<sup>35</sup> Compárese con Christian HILLGRUBER, «Souveränität-Verteidigung eines Begriffes» (2002) 57 JZ 1072, 1077–1079; Agostino CARRINO, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione: da Kelsen allo Stato-mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2014.

<sup>36</sup> Para consultar una elaboración sofisticada, véase Jan KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, 3ª ed., CUP, Cambridge, 2015, pp. 14–5; Bruno DE WITTE, «The European Union as an International Legal Experiment», en Gráinne DE BURCA y Joseph H WEILER (eds.) *The Worlds of European Constitutionalism*, CUP, Cambridge, 2011, p. 19.

<sup>37</sup> En relación con un concepto tan exhaustivo de la gobernanza global, véase Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 134 y 144–147.

tos jurídicos con un buen fin: la unidad europea. Este objetivo ya lleva setenta años. Sin embargo, la idea de la unidad europea ha evolucionado mucho.

El objetivo dominante del derecho europeo originario era desarrollar la integración europea, la «unión cada vez más estrecha». Hermann Mosler, reflejando el espíritu de su tiempo en 1968, identificó la *Integrationstendenz* como fundacional: el derecho europeo abarca normas de distintos ordenamientos jurídicos que comparten el objetivo de desarrollar la integración europea<sup>38</sup>. Este impulso conceptual se ha encarnado en su narrativa más relevante: *la integración a través del derecho*<sup>39</sup>. El derecho europeo se estableció conceptualmente para facilitar el avance hacia una integración cada vez más estrecha.

Esto parece superado. Naturalmente, la «unión cada vez más estrecha» se mantiene en el preámbulo del TFUE, en el preámbulo del TUE y en su art. 1, párr. 2. Incluso el TJUE ha afirmado recientemente que «la realización del proceso de integración es la razón de ser de la Unión Europea en sí»<sup>40</sup>. La famosa metáfora de la bicicleta de Hallstein –si se para, Europa caerá– siempre vale<sup>41</sup>: casi nadie piensa que la UE sea viable en su actual nivel de integración (2016). Persiste una profunda sensación de precariedad. No obstante, la unión cada vez más estrecha es a día de hoy solo una entre otras muchas concepciones. Hoy parecería errático interpretar los elementos que *oponen resistencia* a esa unión cada vez más estrecha, como el principio de subsidiariedad, la protección de la identidad, los límites a las competencias o la opción de salida, como «externos» al derecho europeo. Esto es especialmente cierto porque el derecho europeo incluye el derecho interno, más riguroso que el

<sup>38</sup> Hermann MOSLER, «Begriff und Gegenstand des Europarechts», véase nota 3, pp. 491, 500.

<sup>39</sup> Como tratado de referencia, véase Mauro CAPPELLETTI, Monica SECCOMBE y Joseph H WEILER (eds.), *Integration Through Law—Europe and the American Federal Experience*, 5 vol., de Gruyter, Berlin, 1986; para consultar un análisis historizado, véase Antoine VAUCHEZ y Bruno DE WITTE (eds.), *Lawyering Europe: European Law as a Transnational Social Field*, Hart Publishing, Oxford, 2013; para consultar la contribución más reciente desde el *Bundesverfassungsgericht*, véase Andreas VOßKUHLE, «Integration durch Recht—Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts», *JZ*, 2016, vol. 71, p. 161.

<sup>40</sup> TJUE, dictamen 2/13, parr. 172. Sin embargo, esto es polémico incluso entre los académicos de la UE: véase Gráinne DE BÚRCA, «Europe's raison d'être», en: Dimitry KOCHENOV, Fabian AMTENBRINK (eds.), *The European Union's Shaping of the International Legal Order*, CUP, Cambridge, 2014, pp. 21, 37.

<sup>41</sup> Para consultar las posturas opuestas, véase Frank SCHIMMELPFENNIG, «Mehr Europa—oder weniger? Die Eurokrise und die europäische Integration», *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2015, vol. 65, p. 28.

derecho de la UE a este respecto. Uno de los principales debates del derecho europeo remite a los límites de la integración europea y a cómo mantener un nivel adecuado de autonomía para las instituciones nacionales<sup>42</sup>. Un concepto del derecho europeo que solo incluya elementos que promuevan la integración resulta tan anticuado como inapropiado.

Si *la promoción de la integración* ya no supone el *telos* primordial, otra cosa debería tomar su lugar. El concepto de derecho europeo quedaría gravemente empobrecido si el elemento de la integración no se sustituyera por otro. La utilidad, la fuerza de un concepto presupone una idea central. Aquí es donde aparece la idea del «espacio jurídico europeo». Sintetizando las evoluciones que se han producido en los últimos decenios, parece apropiado sustituir la idea de «integración» por la de «organización del espacio jurídico europeo». La narración *integration through law* se puede modernizar de la misma forma<sup>43</sup>.

### 3. NOTAS SOBRE LA «TRAYECTORIA» DE LA DIMENSIÓN ESPACIAL

El concepto de «espacio jurídico europeo» tiene unas raíces profundas. Como indica el propio término «europeo», la dimensión espacial ha acompañado al derecho europeo desde siempre. Es una dimensión espacial que supone que en algún lugar existe una frontera<sup>44</sup>. Esto distingue este concepto de forma inequívoca, a pesar de su vaguedad, del concepto de espacio global que, por definición, supone que no existe una frontera exterior<sup>45</sup>. La referencia básica son los territorios combinados de los Estados miembros (art. 52 TUE,

<sup>42</sup> Esta es la cuestión central en el origen del pluralismo jurídico europeo, la decisión de 1993 del *Bundesverfassungsgericht* alemán sobre el Tratado de Maastricht (BVerfGE 89, 155). Para consultar un análisis de la época, véase Neil MACCORMICK, «Beyond the Sovereign State», *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 1; Julio BAQUERO CRUZ, «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *European Law Journal*, vol. 14, 2008, p. 389.

<sup>43</sup> Joseph H WEILER, «Integration Through Fear», *European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, p. 1.

<sup>44</sup> En relación con las fronteras, véase Daniel-Erasmus KHAN, *Die deutschen Staatsgrenzen. Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfragen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004; Ayelet SHACHAR, «The Shifting Border of Immigration Regulation», *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, 2009, pp. 809-839 (que afirma que el concepto de «fronteras» se utiliza y se traza de forma continua y flexible en el derecho de la inmigración), y Linda BOSNIAK, «A Basic Territorial Distinction», *Geo. Immigr. L.J.*, vol. 16, 2002, p. 407.

<sup>45</sup> Sobre la idea de un espacio global, véase Sabino CASSESE y Martina CONTICELLI (eds.), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, Giuffrè, Milano, 2006.

art. 355 TFUE), arrancando en 1952 con los «seis originales» como núcleo del espacio europeo. En esta línea, el primer gran proyecto de integración fue una unión aduanera que estableciera una frontera común visible y proporcionara una primera distinción concreta entre dentro y fuera con referencia a un espacio compartido: las mercancías tenían que atravesar una frontera física en la que eran despachadas.

Esta dimensión tardó un tiempo en establecerse de forma jurídica. El Acta Única Europea en 1987 supuso un punto de inflexión. Definió el mercado interno, entonces el objetivo más importante, como un «espacio sin fronteras», una definición que se mantiene en el art. 26 del TFUE. Las voces críticas interpretaron este extremo como un intento de establecer una «fortaleza Europa», término con una enorme carga evocativa, ya que fue el utilizado en la Alemania nazi para repeler la invasión aliada<sup>46</sup>. Esa crítica de la terminología espacial no disuadió ni a los que elaboraron los tratados ni a los parlamentos que los ratificaron. Al contrario, la dimensión espacial adquirió cada vez más importancia. El art. 3 del TUE establece un espacio de libre circulación sin fronteras como el primero de todos los logros de la Unión. Como concepto doctrinal, el «espacio jurídico europeo» tiene un fundamento sólido en el derecho positivo. Es cierto que la versión en inglés de los Tratados utiliza el término equivalente a «área» en lugar de a «espacio», pero las versiones en otros idiomas utilizan el término equivalente a «espacio», más contundente: *Raum*, *espace*, espacio. Por las razones que indicaremos a continuación, el término más contundente parece estar justificado.

La referencia espacial se utiliza de forma profusa en los debates públicos actuales sobre cuestiones europeas. Esto no debe sorprendernos, ya que el espacio, junto con el tiempo, es la coordenada más esencial de toda experiencia humana<sup>47</sup>. Por citar solo unos pocos ejemplos: Europa es considerada un actor geopolítico, una potencia política en relación con un espacio geográfico<sup>48</sup>. La «eurocrisis» se trata como una crisis de la eurozona. La «crisis migratoria» es incluso más incisiva: muchos ven la posibilidad de la libre circulación sin

<sup>46</sup> Véase Michael AHO, «Fortress Europe: Will the EU isolate itself from North America and Asia?», *Columbia Journal of World Business*, vol. 29, 1994, p. 32; «fortaleza Europa» fue una palabra en clave que la Alemania nazi utilizaba para repeler la invasión aliada —compárese con «Festung Europa», en Cornelia SCHMITZ-BERNING, *Vokabular des Nationalsozialismus*, 2ª ed., de Gruyter, Berlin, 2007, pp. 232-233.

<sup>47</sup> Immanuel KANT, *Critique of Pure Reason*, Norman K Smith tr., 2ª ed. 1787, Macmillan, Londres, 1929, § 2.

<sup>48</sup> Freerk BOEDELTE, «The Other Spaces of Europe: Seeing European Geopolitics Through the Disturbing Eye of Foucault's Heterotopias», *Geopolitics*, vol. 17, 2012, p. 1.

fronteras dentro del espacio establecido por el derecho europeo como algo tan esencial que la reintroducción de controles fronterizos se concibe como una amenaza al conjunto de la construcción<sup>49</sup>. Esta crisis también ha agudizado la sensación de «dentro y fuera»: el drama que se está produciendo en las fronteras europeas ha fortalecido la imagen del espacio que existe dentro de esas fronteras y ha suscitado voces que reclaman una mejor protección de las fronteras comunes. Una vez más, asoma el fantasma de la «fortaleza Europa». La construcción de un espacio europeo no solo va de la mano de visiones progresistas; también puede vincularse a los proyectos más oscuros de la historia europea<sup>50</sup>. Efectivamente, el recalcar la dimensión espacial del proyecto europeo se topa fácilmente con la crítica de estar próximo a dudosos proyectos ideológicos<sup>51</sup>.

A la ciencia política no se le ha escapado el atractivo que tiene la dimensión espacial para los políticos y legisladores. Muestra que, mediante el uso de esa terminología, los artífices de los Tratados «establecen procesos sociales, definen filiaciones políticas y enmarcan áreas de autoridad y validez»<sup>52</sup>. La utilización de esas palabras es una herramienta importante para crear nuevas mentalidades en la población. La imaginación de un espacio es un elemento clave para desarrollar identidades políticas. La referencia explícita del art. 3 del TUE a la libertad, la seguridad y la justicia, aspectos que requieren una profunda interacción entre el derecho de la UE y el derecho interno y entre las instituciones de la Unión y las nacionales, subraya esta semántica de la creación comunitaria repleta de asociaciones.

#### 4. UN ESPACIO JURÍDICO, NO UN ORDENAMIENTO JURÍDICO

En resumen, el pensamiento espacial es muy coherente con la manera en la que solemos imaginarnos Europa. Esto resulta ventajoso para un concepto jurídico, pues no solo debe resultar útil a los especialistas académicos, sino

<sup>49</sup> Sobre el sistema de fronteras, véase Maartje A H VAN DER WOUDE y Patrick VAN BERLO, «Crimmigration at the Internal Borders of Europe? Examining the Schengen Governance Package», *Utrecht Law Review*, vol. 11, 2015, p. 61.

<sup>50</sup> Como análisis de referencia, véase Christian JOERGES y Navraj SINGH GHALEIGH (eds.), *Darker legacies of law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Hart, Oxford, 2003.

<sup>51</sup> Thomas VESTING, «Die Staatslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes», *VVDStRL*, vol. 63, 2004, pp. 41, 60.

<sup>52</sup> Ulrike JUREIT y Nikola TIETZE, «Postsouveräne Territorialität», en Ulrike JUREIT y Nikola TIETZE (eds.), *Postsouveräne Territorialität. Die Europäische Union und ihr Raum*, Hamburger Edition, Hamburg, 2015, pp. 7, 9.

también a los profesionales que ejercen la disciplina y, eventualmente, al discurso público. Asimismo, está claro que el pensamiento espacial engloba más que la mera entidad tridimensional euclidiana. También se utiliza para remitir a cualquier «estructura relacional y dinámica compuesta por distintos elementos; las relaciones que se establecen a través de y entre los elementos constituyen el espacio. Estos momentos de establecimiento, las propias relaciones, [...] son movimientos dinámicos, actos performativos que no solo recrean un nuevo espacio en cada acto, sino que también presuponen una dinámica. Por lo tanto, no se puede pensar el espacio sin la noción de la práctica»<sup>53</sup>. En este sentido, el concepto de «espacio jurídico europeo», basado en la dimensión territorial, expresa las numerosas experiencias de la densa comunicación, profunda interconexión y mutua dependencia de todos los sistemas jurídicos implicados en su práctica diaria. El otro elemento distintivo del derecho europeo es que mantiene una estructural relacional y dinámica sin fusionar sus elementos en un solo ordenamiento jurídico.

El espacio jurídico europeo así entendido articula una experiencia que también es transmitida por conceptos como «compuesto», «pluralismo», «federalismo», «gobernanza multinivel» y «red» que, sin embargo, no son tan ilustrativos y carecen de una referencia territorial. Concebir los distintos sistemas jurídicos como relativos a un único espacio transmite la idea de una comunicación jurídica contundente y continuada entre las instituciones públicas en el marco de distintos ordenamientos jurídicos, ya sean las pertenecientes a distintos países, las instituciones de la UE, o el TEDH. Están todos profundamente integrados en el contexto mayor que se articula como *espacio jurídico*.

Un *espacio* jurídico representa una alternativa deliberada a un *ordenamiento* jurídico. Expresa que los sistemas implicados persisten en concebirse autónomos por principio, a pesar de su mutua dependencia<sup>54</sup>. Esto se corresponde con el hecho de que la UE no es un Estado federal. Naturalmente, el pensamiento académico no tiene por qué seguir esta autodescripción y puede

<sup>53</sup> Sabine MÜLLER-MALL, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law*, Springer, Berlin, 2013, p. 96; véase también Sabine MÜLLER-MALL, «Verwaltungsrechtsraum Europa—Zur Möglichkeit seiner rechtswissenschaftlichen Erschließung», en Alfred G DEBUS y otros (eds.), *Verwaltungsrechtsraum Europa*, Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 9.

<sup>54</sup> Para consultar un análisis muy detallado, véase Anne PETERS, «Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung», *ZÖR*, vol. 65, 2010, pp. 5 y ss., 19 y ss.; Neil WALKER, «The Philosophy of European Union Law», *Europa Working Paper*, núm. 2014/06, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2457809> (último acceso el 06 de abril de 2016), pp. 24 y ss.

optar por el monismo kelseniano, entre otros<sup>55</sup>. Sin embargo, los estudiosos jurídicos suelen seguir un enfoque reconstructivo. Esto lleva a tomarse en serio la decisión de no formar un solo ordenamiento jurídico europeo, sino de buscar conceptos alternativos, como el espacio jurídico europeo.

En este marco, el concepto del espacio jurídico europeo fusiona lo logrado por más de sesenta años de europeización del derecho interno<sup>56</sup> y articula la relación específica entre los distintos ordenamientos jurídicos como una relación de dependencia estructural mutua<sup>57</sup>. De hecho, en todos los casos en los que los Tratados afirman explícitamente que se debe establecer un «área» o «espacio» (mercado interno, libre circulación sin fronteras, investigación), conllevan una contundente europeización de los derechos internos. Aunque los efectos del derecho de la UE sean desiguales y no siempre surtan los resultados deseados<sup>58</sup>, parece difícil negar que el proceso creciente de europeización haya generado un cambio profundo en el derecho<sup>59</sup>.

El concepto de espacio jurídico europeo también supera la asociación jerárquica de que la europeización es principalmente un proceso vertical. Esa perspectiva vertical eclipsa una gran parte del modo en el que se produce la transformación en Europa, en particular el papel de la comparación jurídica. Los ordenamientos jurídicos internos influyen en gran medida en el derecho europeo<sup>60</sup>. La asociación vertical también pasa por alto procesos de préstamo y control mutuo que se producen entre las instituciones nacionales de distintos países. Por contraste, el concepto de un «espacio» jurídico es idóneo para en-

<sup>55</sup> Véase Dana BURCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund*, véase nota 32, y George LETSAS, «Harmonic Law: The Case against Pluralism», en Julie DICKSON y Pavlos ELEFTHERIADIS (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, OUP, Oxford, 2012, p. 77.

<sup>56</sup> Véase Matthias RUFFERT, «Europäisierung des Verwaltungsrechts», en Armin VON BOGDANDY, Sabino CASSESE y Peter M HUBER, *IPE V*, CF Müller, Heidelberg, 2014, pp. 1221, 1225-1226; Ruffert también apunta a que esto ha llevado a la formación de un espacio común.

<sup>57</sup> Rainer WAHL, «Die Rechtsbildung in Europa als Rechtslabor», *JZ*, vol. 67, 2012, pp. 861, 869; Mattias WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, véase nota 26.

<sup>58</sup> Para consultar un análisis detallado, véase Michal BOBEK (ed.), *Central European Judges under the European Influence: The Transformative Power of the EU Revisited*, Hart Publishing, Oxford 2015.

<sup>59</sup> Rainer WAHL, «Die Rechtsbildung in Europa als Rechtslabor», véase nota 57, pp. 863 y ss.

<sup>60</sup> Stephan NEIDHARDT, *Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts: Rezeption und Wandel zwischen Konvergenz und Wettbewerb der Rechtsordnungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

tender esos fenómenos, ya que traslada la asociación de las relaciones en todas las direcciones<sup>61</sup>.

El concepto del espacio jurídico europeo transmite por tanto la vinculación entre lo nacional y lo transnacional. Expresa la idea de que la pertenencia a la Unión, la sujeción a la jurisdicción del TEDH y la apertura del ordenamiento jurídico propio a los demás ordenamientos son características definitorias del Estado en el seno de ese espacio. Los distintos ordenamientos jurídicos, originalmente universos normativos autosuficientes, han sido integrados en un marco jurídico mayor<sup>62</sup>. Al mismo tiempo, el espacio jurídico europeo no elimina los espacios jurídicos internos, al igual que la ciudadanía europea no niega sino que más bien se añade a la nacionalidad de los Estados miembros y que las autoridades públicas europeas siguen apoyándose en las autoridades públicas nacionales. Los espacios jurídicos nacionales se mantendrán, pero lo harán dentro del espacio jurídico europeo.

Naturalmente, el concepto del espacio jurídico europeo presenta una cierta vaguedad. La extensión territorial del espacio jurídico europeo varía dependiendo de la política de la que se trate. Noruega y Suiza o el Reino Unido e Irlanda son países que, dependiendo de cuál sea el ámbito de la política en cuestión, están medio dentro o medio fuera. Sin embargo, el hecho de que sea *vago* no es necesariamente un inconveniente, sino más bien una ventaja para un concepto jurídico que se enfrenta a condiciones complejas<sup>63</sup>. Algunos incluso consideran que una cierta vaguedad es esencial para cualquier concepto importante que remita a fenómenos sociales complejos<sup>64</sup>.

Si existe una cierta vaguedad en el concepto del espacio jurídico europeo, también existe un núcleo central. En términos geográficos, su referencia son los territorios combinados de aquellos Estados miembros de la UE que participen en *todas* las políticas de la UE. En términos de impulso, su núcleo central es concretar la idea de la unidad europea a la luz de la dependencia mutua de los ordenamientos jurídicos por un lado, en combinación con la decisión de no fusionarlos en un único ordenamiento jurídico por otro. Esta unidad

---

<sup>61</sup> Para consultar un análisis acerca de la relación entre el TJUE y el TDH, véase José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Cita con la ambición: el tribunal de justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH», *Revista de derecho Comunitario Europeo*, vol. 48, 2014, pp. 381-382.

<sup>62</sup> Para entrar en más detalle, véase Christoph SCHÖNBERGER, «Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild», *VRÜ*, vol. 43, 2010, p. 6.

<sup>63</sup> Mathias REIMANN, «The American Advantage in Global Lawyering», *RabelsZ*, vol. 78, 2014, p. 1.

<sup>64</sup> Reinhart KOSELLECK, «Einleitung», véase nota 30, pp. XXII y ss.

no está exenta de valor, sino imbuida de los principios fundadores encarnados en el título I del TUE, en particular en el art. 2 del mismo. En este contexto, el espacio jurídico europeo proporciona un marco único para los argumentos comparativos.

#### IV. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS COMPARACIONES EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO

##### 1. EL DESAFÍO METODOLÓGICO

El derecho europeo pone en cuestión el enfoque en un único ordenamiento jurídico. Propone una visión más amplia para generar conocimiento, sobre todo a través de la comparación. La cuestión de cómo hacerlo se sitúa en el centro de los debates metodológicos<sup>65</sup>. ¿Cuáles son los criterios para comparar bien? Existe un acuerdo amplio sobre el hecho de que la comparación del derecho público se enfrenta a desafíos más importantes que la comparación del derecho privado, donde el método funcional está bien establecido<sup>66</sup>. No hay una advertencia más famosa que la afirmación de Antonin Scalia: «Invocar el derecho extranjero cuando se corresponde con el pensamiento de uno e ignorarlo cuando no es así no es un proceso de toma de decisiones razonado, sino sofistería»<sup>67</sup>.

El uso de las comparaciones suele responder a uno de estos tres objetivos: el respaldo de una afirmación, el desarrollo de un marco conceptual cuyo

<sup>65</sup> Giorgio LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milán, 1986, pp. 26 y ss.; Giovanni BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 71 y ss.; Manuel GARCÍA Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Edición, Madrid, 1951, pp. 20 y ss.

<sup>66</sup> Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Tony Weir tr., 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 32 y ss.; como texto de referencia sobre las diferencias, véase Christoph SCHÖNBERGER, «Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte», en Armin VON BOGDANDY, Sabino CASSESE y Peter M HUBER (eds.), *IPE IV*, CF Müller, Heidelberg, 2011, pp. 537-539; Christoph SCHÖNBERGER, «Verfassungsvergleichung heute», véase nota 62.

<sup>67</sup> Véase la opinión disconforme del juez Scalia en *Supreme Court of the United States*, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 627 (2005); para consultar un análisis detallado, véase Norman DORSEN, «The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, p. 521.

objetivo es respaldar una afirmación y, aunque es más raro, la explicación de las diferencias<sup>68</sup>. Desde un punto de vista jurídico, el argumento comparativo es particularmente crítico cuando respalda la formación de un concepto<sup>69</sup> con un impacto en el derecho positivo o, incluso en mayor medida, cuando se utiliza directamente para interpretar el derecho. Como bien muestra Michal Bobek, hay problemas cuando jueces utilizan la comparación. A menudo, parece tratarse más de una competición con las autoridades extranjeras, que de una comparación metodológicamente correcta<sup>70</sup>.

Estos desafíos pueden abordarse en virtud de las formas tradicionales del razonamiento jurídico<sup>71</sup>. Habitualmente, el obstáculo no es la redacción de una disposición, a menudo lo suficientemente abierta para dar cabida a un significado obtenido mediante la comparación. El verdadero desafío procede del contexto normativo de la disposición, determinada de la *Gestalt* específica (forma concreta) de un ordenamiento jurídico. Centrarse en la solución jurídica específica dada a un problema social específico suele ser demasiado limitado para realizar comparaciones, en especial en el derecho público<sup>72</sup>. El primer paso es establecer la comparabilidad a un nivel más sistémico<sup>73</sup>. Es

<sup>68</sup> En relación con la comparación europea, véase Mattias WENDEL, «Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive» *Der Staat*, vol. 52, núm. 3, 2013, pp. 344 y ss.; en relación con la comparación global, véase Tania GROPPY y Marie-Claire PONTTHOREAU, «The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, an Uncertain Future», en Tania GROPPY y Marie-Claire PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2013, pp. 424 y ss.

<sup>69</sup> Sobre la formación de conceptos «a través de múltiples descripciones», aunque en un contexto global, Ran HIRSCHL, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2014, p. 238.

<sup>70</sup> Michal BOBEK, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, OUP, Oxford, 2013, pp. 220 y ss.

<sup>71</sup> Philipp DANN, «Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law», *German Law Journal*, núm. 6, 2015, p. 1453; para consultar una propuesta diferente, véase Peter HÄBERLE, «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat—Zugleich zur Rechtsvergleichung als fünfter» *Auslegungsmethode*, *JZ*, vol. 44, 1989, p. 913.

<sup>72</sup> Günter FRANKENBERG, «Stranger than Paradise: Identity and Politics in Comparative Law», *Utah Law Review* 259, 1997, pp. 262 y ss.; Günter FRANKENBERG, «Critical Comparison: Re-thinking Comparative Law», *Harvard International Law Journal*, vol. 26, 1985, p. 411.

<sup>73</sup> Como texto pionero, véase Rudolf BERNHARDT, «Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht», *ZaöRV*, vol. 24, 1964, p. 438.

necesario determinar si existe la comparabilidad necesaria a este respecto. Esto presenta cuestiones complejas. Se pone en cuestión si esa comparabilidad sistémica existe incluso entre países occidentales como Estados Unidos, Dinamarca e Israel<sup>74</sup>, pero es difícil negarla en el seno del espacio jurídico europeo.

## 2. ¿POR QUÉ EL DERECHO COMPARADO EUROPEO ES DIFERENTE?

En el espacio jurídico europeo, existen los requisitos previos sistémicos para un argumento jurídico de derecho comparado. Aquí, la comparación se produce entre ordenamientos jurídicos que, al contrario que las comparaciones entre otros ordenamientos jurídicos, se encuentran interconectados por dos vínculos de índole constitucional. *Todos* los actos jurídicos de *cualquier* autoridad pública del espacio jurídico europeo están sujetos a los principios comunes del art. 2 del TUE, complementados por las garantías del CEDH.

El art. 2 del TUE define los valores constitucionales básicos, a saber: el «respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos». Se aplican a cualquier ejercicio de la autoridad pública en el espacio jurídico europeo, ya sea por medio de la Unión o de los Estados miembros. Tal y como indica el art. 7 del TUE, toda actividad de los Estados debe cotejarse respecto de dichas normas<sup>75</sup>. Estos requisitos también están respaldados por el derecho interno, en línea con la estructura normativa básica del espacio jurídico europeo de dependencia mutua<sup>76</sup>. Estos no son solo principios teóricos, pues existe un conjunto de instituciones encargadas de aplicar esas normas<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> En relación con la comparabilidad y los criterios para seleccionar casos, véase el enfoque metodológico de Rodolfo SACCO y Piercarlo ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 6ª ed., UTET, Turín, 2015, y el de Giuseppe MORBIDELLI y otros, *Diritto pubblico comparato*, 5ª ed., Giappichelli, Turín, 2016.

<sup>75</sup> Véase Armin VON BOGDANDY y Michael IOANNIDIS, «La deficiencia sistémica en el Estado de derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer», *Revista de Estudios Políticos*, vol. 165, 2014, p. 19.

<sup>76</sup> Christoph GRABENWARTER, «National Constitutional Law Relating to the European Union», en Armin VON BOGDANDY y Jürgen BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 85 y ss.; Franz C MAYER, «Multilevel Constitutional Jurisdiction», en *ibid.*, p. 399.

<sup>77</sup> Esto no significa que no haya problemas: véanse las aportaciones de Armin VON BOGDANDY y Pal SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Hart, Oxford, 2015.

El respeto de estos principios básicos es un asunto de interés común en el espacio jurídico europeo. Es otro aspecto de la dependencia mutua: la legitimidad de cualquier acto se deriva no solo de su ordenamiento jurídico constitutivo, sino también del contexto más amplio. Los problemas de legitimidad de una autoridad afectan negativamente a las decisiones de otras autoridades, como muestran los debates sobre las actuales crisis en el espacio jurídico europeo, ya sea en relación con el apoyo financiero a los Estados miembros, la reforma de los sistemas de bienestar nacionales, la organización de los flujos migratorios o la aplicación de la orden de detención europea. Este es el motivo de que las deficiencias sistémicas se hayan convertido en un asunto esencial en el derecho europeo<sup>78</sup>.

Esto se ve respaldado por otro elemento: el reconocimiento legal de las tradiciones constitucionales comunes, a saber, de prácticas y actitudes jurídicas muy enraizadas. Como señala el abogado general Pedro Cruz Villalón:

[E]l Tribunal de Justicia ha operado desde hace mucho con la categoría de las ‘tradiciones constitucionales comunes’ de los Estados miembros a la hora de buscar inspiración en la construcción del sistema de valores sobre los que la Unión se asienta. [...] La Unión ha adquirido así el carácter, no sólo de una comunidad de derecho, sino también de una ‘comunidad de cultura constitucional’. Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del derecho de la Unión Europea debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Carlos CLOSA, Dmitry KOCHENOV y Joseph H WEILER, «Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union», Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. 2014/25, pp. 2-4, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2404260> (último acceso el 06 de abril de 2016); Lucy MOXHAM y Justine STEFANELLI, «Safeguarding the Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights: A Monitoring Model for the European Union», 15 de noviembre de 2013, Bingham Centre for the Rule of Law, disponible en [http://www.biicl.org/files/6758\\_main\\_report\\_15\\_11\\_2013\\_commission\\_consultation.pdf](http://www.biicl.org/files/6758_main_report_15_11_2013_commission_consultation.pdf) (último acceso el 10 de marzo de 2016).

<sup>79</sup> Opinión del AG Cruz Villalón en el asunto C-62/14, Gauweiler y otros (ECLI:EU:C:2015:7), punto 61.

Naturalmente, este supuesto debe equilibrarse con las pruebas compensatorias, como hace el Tribunal Constitucional Federal alemán, que valora como incompatible con el núcleo normativo de la identidad constitucional alemana una característica habitual del procedimiento penal italiano, pero también con las conclusiones que sugieren que la europeización no es más que una nueva fachada de prácticas sociales que en muchos aspectos quedan profundamente divergentes<sup>80</sup>. Sin embargo, en el contexto del espacio jurídico europeo esto afecta únicamente a la magnitud del desafío, pero no a su marco normativo.

Sobre la base de este fundamento jurídico, existe la presunción –refutable– en el espacio jurídico europeo de que todas las normas respetan el conjunto común de valores<sup>81</sup>. Es esta presunción la que marca la diferencia crucial en relación con las comparaciones entre países no vinculados por dichas normas e instituciones. Aunque algunos de estos principios del art. 2 del TUE también están consagrados en el derecho internacional, esos principios internacionales son mucho más abiertos y tienen mucha menos carga en relación con el derecho interno por la falta de una infraestructura institucional similar al espacio jurídico europeo. Incluso el Consejo de Europa con su Convenio constituye una triste muestra de esto: se muestra incapaz de detener las evoluciones autocráticas en Turquía, Rusia o Ucrania, mientras que una escalada mucho menor en Hungría o Polonia sí que encuentra una respuesta institucional<sup>82</sup>.

Por este motivo, un argumento comparativo dentro del espacio jurídico europeo queda exento de la necesidad de establecer la comparabilidad de los ordenamientos jurídicos como tales. Asimismo, la comparación dentro del espacio jurídico europeo está respaldada, además, por el principio de mutuo reconocimiento: en muchas cuestiones normativas, desde un punto de vista

<sup>80</sup> Véanse notas 36 y 70.

<sup>81</sup> Iris CANOR, «My brother's keeper? Horizontal «Solange». An ever closer distrust among the peoples of Europe», *Common Market Law Review* 2013, vol. 50, p. 383; este es el motivo por el cual se vuelve tan importante desafiar esta presunción —véase la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 15 de diciembre de 2015— *Europäischer Haftbefehl* (ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr2735142), y Dana BURCHARDT, «Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das BVerfG», *ZaöRV*, 2016 (de próxima publicación).

<sup>82</sup> Para consultar una evaluación sobria, véase Pál SONNEVEND, «Transformative Constitutionalism in Post-Communist Eastern and Central European States», en Armin VON BOGDANDY Y OTROS (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune* (de próxima publicación).

jurídico se reconocen como equivalentes las diversas soluciones jurídicas en virtud de los ordenamientos internos<sup>83</sup>.

Este fundamento jurídico para los argumentos comparativos no elimina la necesidad de justificar en cada caso por qué una comparación apoya un argumento jurídico y ni la presunción de la admisibilidad general de la comparación jurídica dentro de Europa ni el principio de equivalencia implican que «todo vale»: todo argumento comparativo debe acreditar su mérito en el contexto del problema en cuestión. Este punto queda patente mediante la comparación con los Estados federales.

Una comparación dentro del espacio jurídico europeo requiere más justificación que la comparación jurídica entre los ordenamientos jurídicos de los Estados federados de un Estado federal, que suelen considerarse parte de un ordenamiento jurídico, el nacional. A pesar de que el art. 2 del TUE puede asimilarse de algún modo con los requisitos de la homogeneidad estructural en la constitución de los Estados federales<sup>84</sup>, la mayor diversidad requiere una argumentación más minuciosa. De hecho, en el contexto nacional de un Estado federal, la cuestión de la comparabilidad a menudo desaparece por completo. Esa no es una solución aceptable para el espacio jurídico europeo.

A modo de conclusión, el espacio jurídico europeo proporciona un fundamento jurídico para los argumentos comparativos. Naturalmente, el argumento comparativo no es ilimitado. El principio democrático es particularmente importante, ya que el razonamiento comparativo conlleva el riesgo de crear mayor independencia respecto del poder legislativo democrático. A la luz de la estructura compuesta del espacio jurídico europeo, no puede haber una obligación de lealtad prioritaria al nivel común y a un pueblo europeo, cuya inexistencia parece ser una premisa del actual derecho europeo. Por ese motivo, cada institución tiene una responsabilidad primordial respecto del

---

<sup>83</sup> Christine JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, OUP, Oxford, 2014, pp. 257 y ss. (donde Janssens desarrolla el principio de reconocimiento mutuo como principio político transversal para el ordenamiento jurídico de la UE); más allá del debate tradicional en el derecho acerca del mercado único, el principio ha sido sometido a un intenso debate, en particular en relación con el Área de la Libertad, Seguridad y Justicia; véase Koen LENAERTS, «The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice», *Il Diritto dell'Unione Europea*, núm 3, 2015, p. 525.

<sup>84</sup> Por ejemplo, Const. EE.UU. art. IV § 2 cl. 1, art. 28 de la Ley Básica alemana o art. 51 parr. 1 de la Constitución suiza: «Cada Cantón adoptará una constitución democrática. Esto requiere la aprobación del Pueblo y deberá poder ser revisado si la mayoría de las personas con derecho a voto lo solicitan».

ordenamiento jurídico que le confiere poder<sup>85</sup>. Sin embargo, esta responsabilidad primordial respecto del ordenamiento jurídico interno debe ser ejercida con el debido respeto al espacio jurídico europeo.

## V. PEQUEÑOS PASOS Y UN POSIBLE SALTO DE GIGANTE

El término «derecho europeo» puede parecer insípido o trasnochado de primeras. Sin embargo, si el *telos* originario de la integración se sustituye por el de mantener un espacio jurídico europeo, ofrece un marco conceptual para reunir numerosas líneas de debate y enfrentarse mejor a los desafíos. En este marco, se mantiene una idea de unidad europea más compleja y por eso más adecuada que su articulación normal. Permite superar los límites del pensamiento jurídico adscrito a los ordenamientos jurídicos, sin renunciar a una complejidad útil. Si existe vaguedad, no es más que el reflejo del campo, en el que se encuentran fuerzas con perspectivas divergentes e incluso encontradas. Hacer que esas fuerzas se encuentren en un solo ámbito jurídico, en un marco discursivo, es un punto crucial: el TJUE resuelve en relación con el derecho de la Unión Europea, el Tribunal Supremo sueco en relación con el derecho sueco, pero ambos en relación con el derecho europeo en la medida en que sus decisiones afectan al espacio jurídico europeo, respecto del cual comparten la responsabilidad.

Este concepto de derecho europeo requiere mayor comparación, y no *per se* ni como una disciplina independiente; más bien debe convertirse en una actitud normal para todos los aspectos del pensamiento y la práctica jurídicos. Aunque son muchas las personas que han unido esfuerzos en este sentido, el camino hasta lograr un discurso comparativo contundente en Europa sigue siendo largo y arduo. Un sentido, aunque no un mapa, para este viaje propone el derecho romano de la Europa moderna, que en su día fue el marco común de referencia del pensamiento jurídico en todo el continente<sup>86</sup>. De hecho, al inicio

<sup>85</sup> Esto se ha estudiado con mayor amplitud en relación con los tribunales constitucionales; para consultar un tratado de referencia, véase Victor FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press, New Haven, 2009, pp. 29 y ss.; véase también Jan KOMÁREK, «National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, 2014, p. 525.

<sup>86</sup> Reinhard ZIMMERMANN, «Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Science», *L. Q. Rev.*, vol. 112, 1996, p. 576; la cuestión de hasta dónde se puede trasladar este ejemplo histórico es muy controvertida: véase Pio CARONI, «Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neopandektismus», *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, vol. 16, 1994, p. 85.

del siglo xx se consideraba que el derecho comparado sustituiría en esa función al derecho romano moderno moribundo<sup>87</sup>. La historia del fracaso hasta la fecha del derecho comparado aún debe ser contada y sus motivos analizados.

Aunque el camino hasta llegar a un discurso comparativo contundente y significativo a nivel europeo es largo, el derecho europeo puede dar un salto de gigante con poco esfuerzo. Los tribunales con servicios de estudios de derecho comparado, el TJUE y el TEDH, pero también un número creciente de tribunales de ámbito nacional, deberían publicar sus notas comparativas internas. En particular el TJUE, cuyo presidente ha reconocido la importancia del derecho comparado<sup>88</sup>, cuenta con un número considerable de juristas trabajando en el derecho comparado. De hecho, el TJUE presenta todos los requisitos previos para ser el punto central del derecho comparado europeo<sup>89</sup>. Esas notas constituirían una nueva capa que se añadiría al trabajo de la Comisión de Venecia<sup>90</sup>.

La publicación de estas notas comparativas impulsaría de forma enorme el derecho comparado europeo, proporcionando una información sólida, de gran calidad y centrada en los problemas existentes, fortalecería la interacción entre la práctica y el ámbito académico y, por último, pero no menos importante, podría fortalecer la legitimidad de las decisiones judiciales, lo cual permitiría situarlas mucho mejor en el complejo espacio jurídico europeo. Y todos esos efectos positivos incluso podrían incrementarse si los tribunales otorgaran legalmente libertad académica al personal de investigación, no en relación con el asunto de la investigación en sí, sino con lo que se publica a raíz de la misma. Esto no es más que un nuevo aspecto de la antigua tradición europea según la cual el trabajo académico puede contribuir a la legitimidad del derecho. El derecho europeo debería hacer uso de ello.

---

<sup>87</sup> Esta es la idea original del derecho comparado moderno, cuyo objetivo es sustituir el derecho romano moribundo que durante siglos ha proporcionado un marco común de referencia para los juristas en Europa, Jürgen BASEDOW, «Hundert Jahre Rechtsvergleichung», *Juristenzeitung*, vol. 71, 2016, pp. 270-1.

<sup>88</sup> Koen LENAERTS, «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, p. 873.

<sup>89</sup> Franz C. MAYER, «Constitutional comparativism in action. The example of general principles of EU law and how they are made —a German perspective», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, p. 1009.

<sup>90</sup> Véase el Bulletin on Constitutional Case-Law ([http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02\\_02\\_Bulletins](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_02_Bulletins)), su *InfoBase on Constitutional Case Law* (<http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>); véase también Anne PETERS, Isabel LEY (eds.), *The Freedom of Peaceful Assembly in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 2016.

