



Comparative Law Review

2018

ISSN: 2983 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)
Mauro Grondona

COMPARATIVE LAW REVIEW VOL. 9 /2

Vincenzo D'Antonio – Simona Libera Scocozza

8 El Derecho al olvido en el diálogo entre el modelo europeo y las experiencias suramericanas

Anastaziya Tataryn

32 El Italian Style entre Centro y Periferia, o Gramsci, Gorla y lo que está en juego en el derecho privado.

Silvia Bagni

54 “All you need [to compare] is love”

Andrea Stazi

75 El Papel de derecho en la production de desigualdad: el caso de los alimentos

Yuri Tornero Cruzatt

104 Crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que desarrolla la “economía social de mercado”

Elisa Contu – Book Review

138 Código Civil, Bello y La Exegesis en Colombia

«ALL YOU NEED [TO COMPARE] IS LOVE» REVISITED**

*Silvia Bagni**

TABLA DE CONTENIDO:

I. CRISIS, EMERGENCIA SANITARIA Y DERECHO COMPARADO.

II. LA CUARTA C DEL MÉTODO COMPARATIVO: LA COMPASIÓN Y EL CUIDADO.

III. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS.

This paper follows up on an article the author published in 2016 entitled "All you need [to compare] is love" in the proceedings of an international conference organized in Bologna, on the long-term legal consequences of the economic-financial crisis of some years ago. Reasoning on the extraordinary circumstances the world is facing, with their contrasts between manifestations of great intergenerational solidarity on the one hand, and some reactions of selfishness, racism and marginalization, on the other, the author reflects on the use of the "4 C method" in current circumstances. Today as yesterday, people find each other in a historic moment of "crisis", and they wonder if from this situation of difficulty and instability, of uncertain term and solution, the dawn of a new world or a re-edition of that old will emerge.

I. CRISIS, EMERGENCIA SANITARIA Y DERECHO COMPARADO

En el 2016 publiqué un artículo titulado «All you need [to compare] is love» en las actas de una conferencia internacional organizada en Bolonia, sobre las consecuencias jurídicas a largo plazo de la crisis económico-financiera de algunos años atrás¹. Las extraordinarias circunstancias que estamos viviendo, con sus contrastes entre manifestaciones de grande solidaridad intergeneracional de un lado, y algunas reacciones de egoísmo, racismo y marginalización, del otro, me ha llevado a reflexionar sobre la utilización del “método de las 4 C” (ver *infra*, § 2) en las circunstancias actuales. Hoy como ayer, nos encontramos en un momento histórico de “crisis”, y nuevamente nos preguntamos si de esta situación de dificultad e inestabilidad, de plazo y solución incierto, surgirá el amanecer de un nuevo mundo o una re-edición de aquello viejo.

** El consejo de redacción de la Comparative Law Review ha invitado a la autora a publicar el artículo en este volumen de la revista.

*Doctora en Derecho constitucional, profesora investigadora en Derecho público comparado, Universidad de Bolonia (Italia): silvia.bagni@unibo.it.

¹ S. Bagni (coord.), *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado* 10-25 (2016).

El 2020 ha empezado con una grave crisis sanitaria, debida a la pandemia de coronavirus. Mentira. El 2020 ha empezado con una grave crisis medioambiental y climática (¿ya nos hemos olvidado de los incendios dramáticos en la Amazonía, en África central y en Australia?), originada hace muchos años, y que muchos investigadores han puesto en relación con la pandemia, en el sentido que el estrés bajo el cual la explotación humana de los recursos naturales ha puesto el planeta y sus ecosistemas ha sin dudas sido una concausa de la pandemia². La Organización mundial de la Salud ya lo había reconocido hace tiempo³.

Aún más, el 2020, en Europa, había empezado con una grave crisis migratoria, debida debida a la agudización de las tensiones entre Turquía y Siria, y a la guerra civil irresuelta en esos territorios martirizados, que ha tenido como consecuencia el acumulo de miles y miles de prófugos en la frontera entre Turquía y Grecia⁴. Prófugos que siguen allí, esperando que la pandemia no llegue en los campos de los refugiados, donde las condiciones de vida no permitirían ni distanciamiento social ni efectividad en la asistencia médica. De nuevo, no se trata de algo repentino, sino de una tendencia constante de la sociedad humana, que en la era de la globalización de la economía capitalista asume un alcance aún mayor, debido a la insostenible inequidad en la distribución de la riqueza y a las concausas sistémicas (sobre todo medioambientales) que se suman a este dato de base.

El listado podría seguir adelante, con otras “*crisis*” que presentan estadísticas quizás aún más impactantes de la crisis del coronavirus, que no quiero ni desvaluar ni redimensionar. El valor de una vida y el dolor de su pérdida no se pueden ni medir ni comparar. Mi intento es otro. Es demostrar que lo que estamos viviendo no tiene nada a que ver con una plaga lanzada sobre la Tierra por un Dios vengativo ni con el fato. Somos directamente responsables por estas crisis y el reto que tenemos frente es, como queremos estructurar nuestra vida en el mundo que vendrá después. Como expresado por Maristella Svampa «*la crisis puede abrir paso a la posibilidad en la*

² Di Marco et al., *Opinion: Sustainable development must account for pandemic risk*, disponible en https://www.pnas.org/content/117/8/3888?fbclid=IwAR1lCssl-ImPz8HLobjYyCsabSUDVgEv--%20BMvJL_gUXo5g8GVkp2paHj9mI (visitado el 2 abril 2020); A. Wyns, *How our responses to climate change and the coronavirus are linked*, disponible en <https://www.weforum.org/agenda/2020/04/climate-change-coronavirus-linked/> (visitado el 2 abril 2020).

³ <https://www.who.int/globalchange/climate/summary/en/index5.html>. Véase también F. Brenner, N. Marwan, *Change of influenza pandemics because of climate change: Complex network simulations*, *Revue d'Épidémiologie et de la Santé publique*, 66 (5), 2018, disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0398762018312136> (visitado el 2 abril 2020).

⁴ Véase el informe publicado por Oxfam y GCR, *Lesbos bulletin. Update on the EU 'hotspot' Moria, by the Greek Council for Refugees and Oxfam*, Enero-Febrero 2020, disponible en <https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2020/03/EXTERNAL-Lesbos-Bulletin-Jan-Feb-2020-2.pdf> (visitado el 2 abril 2020).

*construcción de una globalización más democrática, ligada al paradigma del cuidado, por la vía de la implementación y el reconocimiento de la solidaridad y la interdependencia como lazos sociales e internacionales; de políticas públicas orientadas a un “nuevo pacto ecosocial y económico”, que aborde conjuntamente la justicia social y ambiental*⁵.

Hay que valorar el paradigma del cuidado, que tiene una dimensión tanto social cuanto ecológica, como lo ha explicado el Papa Francisco en su encíclica *Laudato Si*, donde se subraya que la crisis ambiental sólo se puede abarcar junto con la crisis social. El documento final del sínodo sobre la Amazonía insiste con aún más fuerza en el llamado a una conversión ecológica integral y al cuidado de nuestra casa común, juntos con los pueblos amazónicos, reconocidos como los primeros guardianes de la Amazonía (p. 17). El documento reconoce el Amor como la llave para conocer y entender la vida en el planeta: «Podemos amarla [la Amazonía] y no sólo utilizarla, para que el amor despierte un interés hondo y sincero. Es más, podemos sentirnos íntimamente unidos a ella y no sólo defenderla, y entonces la Amazonia se volverá nuestra como una madre. Porque “el mundo no se contempla desde fuera sino desde dentro, reconociendo los lazos con los que el Padre nos ha unido a todos los seres”» (p. 55, la cita se refiere a la *Laudato si*). En el documento se pide un cambio de paradigma del desarrollo sostenible socialmente inclusivo: «una conversión ecológica individual y comunitaria que salvaguarde una ecología integral y un modelo de desarrollo en donde los criterios comerciales no estén por encima de los medioambientales y de los derechos humanos» (p. 73)⁶.

La tesis que aquí defiendo es que hay que declinar el “paradigma del cuidado” en la ciencia del derecho, tanto como objeto de derechos (por ejemplo, el tema de la equiparación del cuidado familiar al trabajo, en cuanto a garantías sociales y asistenciales) como en perspectiva

⁵ M. Svampa, *Reflexiones para un mundo post-coronavirus*, Abril 2020, disponible en https://www.nuso.org/articulo/reflexiones-para-un-mundo-post-coronavirus/?fbclid=IwAR0vISyljweY7iO8syuA87uX2pu2t5B_vARmBVBSiESyeqKVkHIS_VjT3GQ (visitado el 2 abril 2020). También véase A. Acosta, *Coronavirus: problemas y oportunidades*, 1 de abril 2020, disponible en <https://lalineadefuego.info/2020/04/01/coronavirus-problemas-y-oportunidades/> (visitado el 2 abril 2020).

⁶ Documento final. Asamblea especial para la región panamazónica, *Amazonía: nuevos caminos para la iglesia y para una ecología integral*, Asamblea Especial del Sínodo de los Obispos para la región Panamazónica 6 - 27 Octubre 2019, disponible en <http://www.sinodoamazonico.va/content/sinodoamazonico/es/documentos/documento-final-de-la-asamblea-especial-del-sinodo-de-los-obispo.html> (visitado el 2 abril 2020).

epistemológica. Este último aspecto es lo que quiero profundizar en estas páginas, con los aportes de la comparación jurídica⁷ y su función subversiva⁸.

En la ciencia del derecho comparado, el objeto de estudio (el “derecho”) se entiende en sentido amplio, desde el ángulo visual de una hibridación con otras ciencias, como *Law as Tradition* o *Law as Culture*. Así que el objeto de la ciencia jurídica no es sólo un conjunto de normas reconocidas por la autoridad estatal, sino «*el conjunto de los modos de pensar en, aplicar, enseñar el derecho*»⁹. La aplicación del paradigma del cuidado como forma de entender el derecho, en el sentido amplio de la comparación jurídica, implicaría utilizar el Amor para el ser humano, entre los seres humanos y en general entre todos los seres vivientes como criterio interpretativo (*Grundnorm*, diría Kelsen) en su estudio, en su creación e implementación y en su enseñanza.

Quiero demostrar que una epistemología jurídica del Amor puede tener un impacto relevante sobre las modificaciones de los formantes activos, sobre todo en estos tiempos inseguros, que podrían rescatar los Don Quijote del derecho, los que siguen profundamente convencidos de que la Justicia no puede ser ciega frente a los más vulnerables. Por esto, la prueba de fuego que propongo viene de un análisis de la reciente jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* francés, un órgano de justicia constitucional construido bajo la influencia de la doctrina y de la jurisprudencia administrativas¹⁰, en un marco filosófico-jurídico históricamente permeado por el liberalismo, el individualismo y el personalismo, que a pesar de su origen y tradición jurisprudencial moderada, en los últimos años se ha pronunciado, por lo menos en dos ocasiones, interpretando la Constitución francesa bajo el paradigma del cuidado y de la compasión. Encontrar esta mentalidad en una jurisdicción constitucional occidental da esperanzas, especialmente a pocos días de la publicación de la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán sobre los *Public Sector Purchase Program* (PSPP)¹¹, que, en la actual situación de necesidad

⁷ He encontrado un punto de vista similar en J. Bengoetxea, *The Eurocrisis and What Socio-legal Studies Could Do about Them, or: Comparing European Pluralisms from Legal Cultural Approaches*, en M. Adams-D. Heirbaut (eds), *The Method and Culture of Comparative Law*, 255 ss. (2014) con referencia a la crisis financiera de 2008 en la Eurozona, donde el autor invitaba los comparatistas a «*as practical jurists and also as socio-legal scholars, we need to be able to understand and explain these changes and to suggest innovative ways to ensure inclusion, tolerance and participation [...] in order to find solutions that ultimately affirm and uphold human dignity, autonomy and self-determination, and also solidarity in society and between societies*» (267).

⁸ H. Muir-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, en *Revue internationale de droit comparé*, 503-527 (52, 3, 2000).

⁹ A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati* (4° ed. 2018).

¹⁰ G. Drago, *Contentieux constitutionnel français* 4-11 (4° ed., 2016).

¹¹ *BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15 -, paras. (1-237)*, disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html (visitado el 2 abril 2020).

de muchos países europeos debida a la pandemia, explotó como una bomba nuclear sobre la existencia de vínculos de solidaridad dentro de la Unión.

II. LA CUARTA C DEL MÉTODO COMPARATIVO: LA COMPASIÓN Y EL CUIDADO

La ciencia jurídica comparada sigue preguntándose sobre su propia naturaleza, objetos, finalidades y métodos¹². Recientemente, varios comparatistas han denunciado la necesidad de renovar el lenguaje y los métodos de la comparación jurídica¹³.

Como he señalado en el § precedente, la tesis que apoyo es que la renovación de la ciencia jurídica comparada debe pasar por la inclusión del Amor en la aplicación del método.

Para evitar una fácil hilaridad o juicios *a priori* despreciativos, es oportuno recordar como el léxico sentimental aparezca en el formante legal desde los albores del constitucionalismo. Sería posible incluso empezar citando a la *eudaimonia* aristotélica como finalidad de la actividad política. Luego, centrándose en los orígenes históricos del constitucionalismo, debemos recordar que la búsqueda de la felicidad era considerada un *unalienable right* en la Declaración de Independencia estadounidense y la fraternidad ha sido parte del tríptico de la revolución francesa. Pasando a la fase de la internacionalización del constitucionalismo, el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma: «*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*». Finalmente, en la reciente fase evolutiva del constitucionalismo, el amor hacia el prójimo y hacia los otros seres vivientes, incluso la Naturaleza, entran en las Constituciones por medio de conceptos de la cosmovisión ctonia, como el *sumak kawsay* kichwa, traducido en castellano como “buen vivir”,

¹² Cfr. por todos L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, 43 ss. (2014); recién, Id., *Il diritto comparato in cerca di una identità*, DPCEOnline, 811-819 (1, 2020); M. Reimann, R. Zimmermann (eds), *The Oxford handbook of comparative law* (2^o ed., 2019).

¹³ Véase la reconstrucción teórica y las propuestas metodológicas por T. Amico di Meane, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della “creatività”. Verso un approccio flessibile*, Anuario di Diritto comparato e di studi legislativi 2019, 165-197 y la sección *Casi e questioni*, DPCEOnline (1, 2020). Además: R. Hirschl, *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*, 5 (2016): «*This book, then, takes as its premise a simple fact: the unprecedented revival of comparative constitutional studies rides on a fuzzy and rather incoherent epistemological and methodological matrix*». M. Siems, *Comparative Law* 13 (2014): «*It is one of the aims of this book to challenge traditional comparative law and promote alternative approaches*»; G. Frankenberg, *Comparative law as critique* (2019). Más atrás, al principio del revival sobre la cuestión del método, cfr. J. Husa, *Methodology of Comparative Law Today: from Paradoxes to Flexibility?*, *Revue internationale de droit comparé*, 1095-1117 (4, 2006); M.-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, *Revue internationale de droit comparé*, 7-27 (1, 2005); la introducción al *Symposium “New Directions in Comparative Law”*: U. Mattei-M. Reimann, *Introduction*, *Am. J. Comp. L.* 597-606 (46, 1998), pp.; L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., 11 ss.

en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, el *ubuntu* en Sudáfrica o el *Gross National Happiness* en Buthan¹⁴.

En cuanto al formante doctrinario, el filósofo y jurista Gustav Radbruch escribía sobre la ciencia del derecho: «*Ma il diritto, mentre sfiora, per così dire, con un'occhiata di traverso, la vivente anima umana, quale fonte di importanza secondaria delle sue azioni rilevanti solo giuridicamente, si discosta dall'unica cosa, che è necessaria. È la essenza e il peccato mortale del diritto e dei suoi rappresentanti, “credere che ci siano relazioni, nelle quali si possa praticare con un uomo senza amore, ma tali relazioni non ci sono”*»¹⁵. Por su parte, Norberto Bobbio en *Il futuro della democrazia*, individuaba la tolerancia, la no violencia y la fraternidad como los valores básicos de la democracia, afirmando que la democracia podía devenir un “*hábito mental*” solo si se iluminaba por el espíritu de fraternidad que une a los hombres¹⁶.

La propuesta que aquí estoy defendiendo pretende por lo tanto ser tomada en serio, sin banalizar lo que se podría definir como el lado más humano de la comparación.

Siguiendo a Constantinesco, el método comparativo se articula en tres fases: conocimiento, comprensión y comparación, que el autor resume en la regla de las tres C¹⁷. En la fase de comprensión «*il comparatista deve percepire non soltanto i dati giuridici fondamentali e determinanti del modello esaminato, ma anche quei fattori di natura metagiuridica che rappresentano il complessivo ambiente politico, economico e sociale*»¹⁸. Para comprender el entorno, o para tener la correcta percepción del contexto¹⁹, que es lo mismo, Constantinesco considera factores sociales, políticos, económicos y de valores, entendiendo estos últimos como las relaciones entre las reglas y los valores que en cada ordenamiento dirigen la elección entre las distintas opciones posibles para cuidar las necesidades reales de la sociedad. Esta perspectiva toma en consideración la dimensión humana y relacional del derecho, pero solo como objeto de estudio.

En mi artículo del 2016, introduje una cuarta C en la aplicación del método comparativo,

¹⁴ Sea permitido reenviar a S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano* (2013); v. también S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea* (2014). Para un análisis del impacto de las investigaciones sobre la felicidad en las elecciones de política del derecho cfr. P.H. Huang, *Happiness Studies and Legal Policy*, Annual Review of Law and Social Science, 405-432 (6, 2010).

¹⁵ G. Radbruch, *Introduzione alla scienza del diritto* 81-82 (1961) (título original: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1958).

¹⁶ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, 38 (2010): «*può diventare un costume senza il riconoscimento della fratellanza che unisce tutti gli uomini in un comune destino?*».

¹⁷ L. Constantinesco, *Il metodo comparativo* 103 y en general *passim* (2000).

¹⁸ *Ibid.*, 174 (itálicos nuestros).

¹⁹ R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, 47 ss. (2006).

entendida como calidad necesaria del comparatista²⁰: la “*compasión*”.

El origen etimológico de la palabra «compasión» deriva del participio pasado del verbo latino «*compātō*»; el sustantivo está formado por «*cum*» y «*passio*», entonces, lejos de cualquier connotación despreciativa, al principio significaba compartir las penas del otro. Uso aquí el termino en un significado poco utilizado, como sinónimo de la palabra griega «*sympathie*» (συμπάθεια)²¹, de la que deriva la inglesa «*sympathetic*», porque tiene una connotación más amplia, refiriéndose en general a «*armonia di stati d'animo con quelli provati da altri; rispondenza emotiva; comunanza di sentire*». Se trata por lo tanto de la actitud de “*sentir con*” alguien, de manera emotiva e irracional. Tal calidad permitiría llegar a conocimientos ulteriores sobre el ordenamiento objeto de estudio, que irían a complementar los adquiridos en la fase de “*comprensión*”, donde, en cambio, el comparatista se mueve sobre un plan racional, llegando así siempre más cerca de su conocimiento integral. De hecho, si compartimos la teoría de los formantes de Rodolfo Sacco, debemos reconocer que el obstáculo más grande para el comparatista es penetrar el criptotipo cultural, tanto en el sentido de superar su propio hábito de estudiar, entender y aplicar el derecho, como de buscar e individuar el del ordenamiento analizado²². Pierre Legrand utiliza en este contexto la expresión «*empatía*», que considera «*a necessary ingredient of a meaningful, critical comparison*»²³. Él afirma que no es posible entender el derecho como lo hace un jurista de otro País, pero que sí se puede “*imaginar*” de hacerlo: esto proceso supone en el comparatista una «*empathic imagination*»²⁴. En el sentido en que lo entiendo yo, la *compasión* actúa sobre un plan distinto: del “*como si*” al “*con, junto a*”, con un rol activo, y no solo de observador. Mientras que la *empatía* de la que habla Legrand induce al comparatista a tomar en cuenta el contexto, la *compasión* le sugiere dirigirse al hombre, no tanto en cuanto *homme situé*, es decir absorbido en un preciso contexto histórico,

²⁰ J.C. Reitz, en un ensayo publicado en 1998, redactando una especie de guía por puntos sobre el método comparativo, había indicado por último «*Comparative studies should be undertaken in a spirit of respect for the other*». Sin embargo, esta frase se reducía a una advertencia en asumir una perspectiva de crítica positiva hacia el derecho extranjero, sin caer en el chauvinismo. Cfr. J.C. Reitz, *How to Do Comparative Law*, Am. J. Comp. L., 634 (47, 1998). Para una aproximación a la comparación jurídica constitucional que, con la ayuda de otras ciencias, en particular la sociología, considera relevante tanto el contexto del objeto cuanto las “*figuraciones*” del sujeto-investigador v. M. Carducci, *Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo*, Boletín Mexicano de Derecho comparado, 595-621 (128, 2010).

²¹ S. Battaglia, *Grande dizionario della lingua italiana*, 33 (XIX, 1998).

²² Es en parte la misma objeción que conduce autores como Pierre Legrand a afirmar che no puede realizarse una completa comprensión entre ordenamientos distintos, así que igualmente no se puede hablar entre ellos de convergencia, o trasplantes de institutos.

²³ P. Legrand, *European legal systems are not converging*, International and Comparative Law Quarterly, 77 (45, 1996).

²⁴ *Ibid.*, 76.

social, económico, sino hombre de carne y hueso, experiencia de vida singular e irreplicable, con sus necesidades, intereses, deseos, ambiciones, sueños, miedos. De hecho, solo el amor une sin destruir lo que ha unido²⁵; supone el “*tu*” – o sea el individuo – para crear el “*nosotros*”, es decir la comunidad. En una perspectiva de «*ontología del derecho*»²⁶, o sea el estudio del significado del derecho para el modo de ser del hombre – perspectiva que entendemos particularmente cercana al derecho comparado – para comprender el derecho del otro debemos rechazar la idea de asumir el punto de vista del objeto, sino más bien meternos dentro: solo así se percibe por entero, y no es más necesario preguntarse sobre qué es. El comparatista, entonces, se acerca a una efectiva “*comprensión*” por el camino de la “*compasión*”²⁷.

Otras ciencias comparten esta postura ya desde hace mucho tiempo. El filósofo Raimon Panikkar, razonando sobre los desafíos del multiculturalismo, nos recuerda que el amor es el único y verdadero motor para la comprensión del otro: «*il modo di incontrare l'altro è ascoltarlo, il modo di ascoltarlo senza fraintenderlo è amarlo, e il modo di amarlo è essere libero dal mio amor egoista*»²⁸.

Mario Ricca²⁹, a su vez, cuando habla de creación de una comunicación y de un diccionario interculturales, se refiere a las componentes emotivas del aprendizaje.

El antropólogo Clifford Geertz, definiendo el concepto de cultura como red de significaciones, cita a Wittgenstein: «*alcune persone sono degli enigmi per noi e ciò si vede quando ci confrontiamo con persone straniere e non perché non capiamo quello che dicono, posto che ne conosciamo la lingua ma perché “non riusciamo a metterci nei loro panni”*»³⁰. Es decir, para superar malentendidos en el lenguaje hay que desarrollar una capacidad empática.

El antropólogo Eduardo Viveiro de Castro, intentando explicar el enfoque que debe adoptar el investigador que estudia las culturas indígenas, afirma que «*no podemos pensar como los indios; como máximo, podemos pensar con ellos*»³¹.

²⁵ G. Madinier, *Coscienza e giustizia*, 81 (1973), e ancora: «*L'amore non distrugge l'alterità, anzi, la intensifica, ma trasformandola*» (93).

²⁶ Cfr. L. Lombradi Vallauri, *Introduzione. Il pensiero giuridico di Madinier come ontologia del diritto*, in G. Madinier, *Coscienza e giustizia* (1973).

²⁷ Este principio de conocimiento para descubrir la Verdad fue reconocido también por la Iglesia católica durante el Concilio Vaticano II en la Declaración *Nostra Aetate* sobre las relaciones de la Iglesia con las religiones no cristianas: «*La Iglesia católica no rechaza nada de lo que en estas religiones hay de santo y verdadero. Considera con sincero respeto los modos de obrar y de vivir, los preceptos y doctrinas que, por más que discrepen en mucho de lo que ella profesa y enseña, no pocas veces reflejan un destello de aquella Verdad que ilumina a todos los hombres*».

²⁸ R. Panikkar, *Pluralismo e interculturalità*, t. 1, *Culture e religioni in dialogo*, 221 (2009).

²⁹ M. Ricca, *Oltre babele: codici per una democrazia interculturale*, 283 ss. (2008).

³⁰ C. Geertz, *Interpretazione delle culture*, il Mulino, 11 (1998, título original: *The interpretation of cultures: selected essays*, 1973).

³¹ E. Viveiros de Castro, *Metafísicas caníbales. Líneas de antropología postestructural*, 211 (2010).

En esta actualización del método de las 4 C, propongo integrar la cuarta C con el “*cuidado*”, en cuanto palabra que paulatinamente está atravesando en el uso de los discursos críticos sobre la situación actual. En particular, el paradigma del cuidado es la clave que permite unir la visión ecológica de la vida en el planeta con un nuevo humanismo de las responsabilidades frente al humano y al no humano.

Leonardo Boff en 2002 escribe un volumen poderoso, donde propone el paradigma del «*cuidado*» y de la «*com-pasión*»³² como piedra angular para enfrentar los desafíos de los dos problemas fundamentales de la contemporaneidad: erradicar la pobreza y detener la destrucción del ecosistema. El autor fundamenta su tesis en el análisis de los mitos fundacionales de cada civilización, de los indígenas latinoamericanos a los de África, de la China y de la India. En particular, él analiza el mito del Cuidado, como consciencia de la interconexión entre todos los seres de la Tierra: «*El cuidado sólo surge cuando la existencia de alguien tiene importancia para mi. Paso entonces a dedicarme a él; me dispongo a participar de su destino, de sus búsquedas, de sus sufrimientos y de sus éxitos, en definitiva, de su vida*»³³. «*Cuidar es entrar en sintonía con las cosas, auscultar su ritmo y estar en (armonía) con ellas*»³⁴.

El paradigma del cuidado permea la propuesta crítica y post-desarrollista de un visionario libro recién publicado: *Pluriverse: A Post-Development Dictionary*³⁵. El volumen, estructurado en entradas enciclopédicas, divididas en tres secciones, parte del fracaso del modelo desarrollista, no tanto en cuanto fundamentalmente basado en el crecimiento económico, sino porque no entendido de manera transcultural; denuncia la falsa ideología que se encuentra a la base de las propuestas de desarrollo alternativo, como la economía verte³⁶; y finalmente propone soluciones alternativas basadas en la idea del pluriverso, o sea de la multiplicidad de experiencias de vida en armonía con todos los seres humanos y con la Naturaleza, generadas de las cosmovisiones y de los saberes comunitarios de los pueblos del Sur del mundo. Estas propuestas se fundamentan en el paradigma del cuidado, aplicado tanto al humano cuanto a la Naturaleza y a los ecosistemas. El economista Wolfgang Sachs, autor en 1992 del primer diccionario crítico sobre el desarrollo, concluye su prefacio al volumen con las siguientes palabras: «*I feel that this Post-Development*

³² L. Boff, *op. cit.*, 13.

³³ *Idem*, 73.

³⁴ *Idem*, 78.

³⁵ A. Kothari, A. Salleh, A. Escobar, F. Demaria, A. Acosta (eds), *Pluriverse: A Post-Development Dictionary* (2019).

³⁶ Ver el documental dirigido por Jeff Gibbs y producido por Micheal Moore, *Planet of the Humans*, disponible en <https://planetofthehumans.com> (visitado el 2 abril 2020).

Dictionary is squarely rooted in the narrative of solidarity. The one hundred entries elucidate many paths to a social transformation that places empathy with humans and non-human beings first. These visions stand firmly in opposition to both xenophobic nationalism and technocratic globalism» (p. XVI). Él también reconoce que el paradigma del cuidado y de la empatía representa la base de otro mundo posible, el pluriverso, donde muchos mundos conviven, aprendiendo a vivir en la diversidad cultural y en armonía con la Naturaleza.

Por fin, para superar los desafíos actuales del pluralismo cultural y de la crisis ambiental y climática, el jurista necesita una mentalidad comparativa, inspirada por el método de las 4 C, que incluya el paradigma del cuidado.

III. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS

La regla de las 4 C es esencial para el derecho comparado, tanto como método, cuanto como ciencia; es decir, sea por el investigador que hace comparación con un enfoque prevalentemente académico, sea por el operador del derecho (legislador, juez, funcionario público), que utiliza la comparación como método para finalidades prácticas.

En el primer sentido, la compasión y el cuidado siempre deberían acompañar al comparatista, en cuanto por naturaleza es un científico cosmopolita³⁷. El derecho constitucional, el derecho privado, el derecho internacional, etc., son respectivamente un conjunto de reglas que disciplinan determinadas relaciones dentro de una comunidad, a la cual el investigador pertenece. Los juristas que estudian estas disciplinas constituyen un «*formante*» activo de su propio ordenamiento, es decir que sus trabajos de investigación impactan, directa o indirectamente, en la aplicación de la norma. Son sacerdotes de un particular sistema de normas, intérpretes y guardianes de un conocimiento jurídico que espera ser consolidado.

El objeto del derecho comparado es distinto: «[...] *il diritto comparato ha il proprio campo di indagine nelle relazioni tra i sistemi giuridici*»³⁸ o, dicho de otro modo, «*Il diritto comparato non è una*

³⁷ Merryman intenta responder a la pregunta «*What is comparative law*» en los términos siguientes: «*Lawyers are professionally parochial, limited by their national legal systems that stop at the border. Comparative law is our effort to be cosmopolitan*» (J.H. Merryman, *The loneliness of the Comparative Lawyer And Other Essays in Foreign and Comparative Law*, 1999, 10).

³⁸ G. Radbruch, *Sul metodo comparativo*, Rassegna di diritto civile, 477 (2, 1997), trad. it. a cura de R. Favale (título original: *Über die Methode der Rechtsvergleichung*, in *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1906, p. 422 ss.)

*branca del diritto positivo. Il diritto comparato, cioè, non è un insieme di norme che regolano determinati rapporti*³⁹. El objeto del derecho comparado son los distintos derechos positivos, en su conjunto o en partes más o menos especializadas. Esto implica que el comparatista, en cambio, no es intérprete auténtico de ningún sistema jurídico en particular. Por supuesto, queda influenciado por la *mentalité* jurídica en la cual ha crecido, pero la finalidad de su trabajo no se vincula a un resultado práctico. Si queremos decirlo con palabras de Scarpelli⁴⁰, es un problema de puntos de vista distintos al respecto de la norma fundamental: el jurista “*interno*” a un ordenamiento acepta su norma fundamental. El comparatista, en cambio, siendo “*externo*” al ordenamiento que estudia, se limita a reconocer su norma fundamental como un hecho, bajo el principio de efectividad, y se pone como objetivo el de comprender las consecuencias de su aplicación a través del método jurídico. El rol del comparatista no es resolver una antinomia bajo los criterios interpretativos internos; se trata en cambio de desvelar la disociación entre formantes, reconociendo la influencia del “*derecho muto*” y de los criptotipos, y de imaginar soluciones operativas aceptables de convivencia, con el fin de alcanzar la «*sostenibilidad de la diferencia*»⁴¹. Para el jurista interno litigante, hay que buscar la solución que permita ganar al cliente (*win-lose* o *zero-sum game*); para el constitucionalista, la que permita defender la primacía de la Constitución y de sus valores, y esto a menudo implica un acercamiento a la posición del comparatista, cuyo objetivo es llegar a un esquema *win-win*, donde todos ganan. Por eso, la compasión y el cuidado tendrían entonces que ser calidades indispensables del comparatista, el motor, la fuerza vital que lo anima en cada investigación, para que su producto final siempre sea fruto de un enfoque intercultural⁴².

³⁹ U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, 7 (1997).

⁴⁰ Cfr. U. Scarpelli, *Il metodo giuridico*, en Id., *L'etica senza verità*, 188 s. (1982).

⁴¹ H.P. Glenn, *Legal traditions of the world. Sustainable diversity in Law* (5th ed., 2014).

⁴² Se puede ejemplificar esta actitud bajo el proverbio asiático «*con una mano sola no se puede aplaudir*» que «*esprime con immediatezza alcune caratteristiche tipiche del mondo asiatico ed in particolare di quello indiano, vale a dire l'attenzione e la considerazione per l'altro e la forte propensione verso il dialogo, che rientrano peraltro in una più ampia concezione dell'equilibrio come temperamento di opposti (che non si annullano in una sintesi hegeliana ma sono destinati a co-esistere)*» (D. Amirante, *Ek haat se taali nahin bajati. Con una mano sola non si può applaudire*, en R. Cavaliere-G.F. Colombo (a cura di), *Il Massimario. Proverbi annotati di diritto comparato. Liber amicorum in onore di Gabriele Crespi Reghizzi*, 2013, p. 20).

En el segundo sentido, la relación entre comparación jurídica, legisladores⁴³ y cortes⁴⁴ ha sido objeto de investigación por los mismos comparatistas, que vienen subrayando como, recientemente, el uso del derecho extranjero, y a menudo también del método y de los resultados de la ciencia comparada, va aumentando por parte de los operadores prácticos.

El llamado *transjudicial dialogue* representa un interesante banco de pruebas para verificar cómo se utiliza el derecho comparado por los jueces. En la vasta literatura dedicada al tema de la circulación intra-formante (jurisprudencial), este fenómeno ha sido definido como “diálogo” o “comunicación”. Sin embargo, estas conclusiones han sido criticadas por varios autores⁴⁵, quienes han explicado que quizá no se puede hablar de diálogo, sino de monólogo o re-uso. No quiero entrar en esta diatriba. En la perspectiva de esta investigación, el dialogo o el re-uso, da igual, me interesan en cuanto instrumento para generar una interpretación intercultural del derecho o bien una inter-legalidad empática, inspirada por el método de las 4 C.

En el párrafo precedente he señalado varios autores que han aplicado la epistemología del cuidado en sus investigaciones. Aquí quiero analizar un caso judicial emblemático donde implícitamente se ha utilizado ese paradigma. El intento es de visibilizarlo frente a la comunidad jurídica, para que pueda representar, junto con otros casos, un material de re-uso para los jueces. La comparación se vuelve en este caso un instrumento pedagógico para entender la alteridad y para la construcción de un derecho intercultural.

De lo que me consta, un análisis comparativo del *transjudicial dialogue* bajo este parámetro todavía no ha sido desarrollada. Este párrafo puede ser un primer paso hacia la construcción de una *legal doctrine* transjudicial del cuidado. De hecho, ya me había topado, en otros casos resueltos,

⁴³ La literatura sobre el uso del derecho comparado por parte de los Parlamentos es comparativamente escasa, al respecto de las tantas publicaciones sobre las citaciones jurisprudenciales: se reenvía a C. Decaro, N. Lupo (a cura di), *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati* (2009); L. Scaffardi (ed.), *Parlamenti in dialogo. L’uso della comparazione nella funzione legislativa* (2011); N. Lupo, L. Scaffardi (eds), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue Amongst Parliaments* (2014).

⁴⁴ En este alcance, en cambio, la literatura es muy rica: se reenvía a la bibliografía citada por L. Pegoraro, *Judges and Professors: The Influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts’ Decisions*, en M. Andenas, D. Fairgrieve (eds), *Courts and Comparative Law* 329 ss. (2015).

⁴⁵ En la doctrina italiana se pueden recordar L. Pegoraro, *Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado*, en E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (coords), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales* 71 (2013); G. de Vergottini, *Oltre il dialogo fra le corti* (2010); M. Carducci, *Dialogo è comparazione? Saggio sul giudice “costituzionalista comparatista” nella prospettiva del metodo*, en L. Pegoraro, S. Bagni, G. Pavani (a cura di), *Metodologia della comparazione. Lo studio dei sistemi giudiziari nel contesto euro-americano* 35-83 (2014). En el área anglosajona, el más grande enemigo del uso judicial del derecho extranjero ha sido el juez de la Corte Suprema estadounidense A. Scalia: un resumen del debate dentro de la doctrina anglófona y una crítica constructiva al tema se encuentran en O. Doyle, *Constitutional cases, foreign law and theoretical authority*, *Global Constitutionalism* 85-108 (5, 2016).

con la aplicación del paradigma de la compasión y del cuidado. Por ejemplo, en el proceso *S v Makwanyane* de 1995⁴⁶, la Corte constitucional de Sudáfrica afirmó: «*The measure of a country's greatness is its ability to retain compassion in time of crisis*». *This, in my view, also accords with ubuntu - and calls for a balancing of the interest of society against those of the individual, for the maintenance of law and order, but not for dehumanising and degrading the individual*» (§ 249-250). Ha sido uno de los primeros casos de control de constitucionalidad juzgados por la Corte constitucional sudafricana después de la transición a la democracia. Se trataba de un caso de homicidio, hasta la fecha punido con la pena de muerte. La primera Constitución transicional había sido aprobada en 1993 y se estaba concluyendo el proceso constituyente que habría llegado a la vigente Constitución de 1996. El texto constitucional no prohibía de manera explícita la pena de muerte, pero la Corte resuelve el caso declarándola inconstitucional, bajo el parámetro de la dignidad humana. La interpretación del concepto se fundamenta tanto en el paradigma de la compasión como en las cosmovisiones ancestrales de los pueblos originarios, que consideran el *ubuntu*⁴⁷ el reconocimiento de una relación de dependencia y responsabilidad entre los seres humanos y sus entornos, como el principio-base del “*buen vivir*”.

Más recientemente, la Corte constitucional de Ecuador, en el caso 004-14-SCN-CC, afirma: «*Es decir, en el marco de una sociedad democrática y pluralista caben distintas cosmovisiones, lo cual denota riqueza en la variedad de perspectivas, lo que nos exige una actitud de respeto y empatía de todos los que conforman la sociedad*». En el caso, la Corte debía decidir sobre la legitimidad constitucional del delito de genocidio, abstractamente aplicable a un pueblo indígena, los Waoranis, recién contactado, lo cual, para vengarse de una precedente agresión por parte de otro pueblo indígena en aislamiento voluntario, los Taromenanes, había casi exterminado la misma comunidad. La Corte invita el

⁴⁶ *S v Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995)*.

⁴⁷ El término viene citado 30 veces en la decisión, por parte de varios jueces: Chaskalson, Langa, Madala, Mahomed, Mokgoro, Sachs. Merece la pena reportar el párrafo 307 de la decisión, donde la jueza Mokgoro explica: «*Generally, ubuntu translates as humaneness. In its most fundamental sense, it translates as personhood and morality. Metaphorically, it expresses itself in ubuntu ngumuntu ngabantu, describing the significance of group solidarity on survival issues so central to the survival of communities. While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality. Its spirit emphasises respect for human dignity, marking a shift from confrontation to conciliation. In South Africa ubuntu has become a notion with particular resonance in the building of a democracy. It is part of our “rainbow” heritage, though it might have operated and still operates differently in diverse community settings. In the Western cultural heritage, respect and the value for life, manifested in the all-embracing concepts of humanity and menswaardigheid are also highly prized. It is values like these that Section 35 requires to be promoted. They give meaning and texture to the principles of a society based on freedom and equality*».

juez a interpretar el derecho estatal según el canon intercultural, refiriéndose expresamente al concepto de “*empatía*”⁴⁸.

El primer caso citado pertenece a un contexto de transición constitucional, de un Estado fundado sobre el *apartheid*, es decir la discriminación sistémica entre blancos y negros, hacia un Estado constitucional de derecho, donde se excluye cualquier tipo de discriminación formal y substancial entre seres humanos.

El segundo caso se refiere igualmente a un contexto de transición constitucional, desde un Estado multicultural (la Constitución ecuatoriana de 1998) hacia un Estado plurinacional e intercultural (la Constitución de 2008). Ambos casos han ocurrido en sociedades caracterizadas por una composición étnica y cultural plural y por procesos de descolonización institucional del Estado y cultural de la sociedad. Un análisis comparativo más estructurado podría verificar la permeabilidad de los contextos de transición con el paradigma del cuidado⁴⁹.

Como he adelantado en el primer párrafo, mi análisis se concentra sobre la más reciente jurisprudencia constitucional francesa. El objetivo es considerar el grado de permeabilidad de la *mentalité* jurídica occidental al paradigma del cuidado, utilizando las adquisiciones de la ciencia del derecho comparado como instrumento pedagógico⁵⁰. El caso francés aparentemente se escapa de las categorías de la transición constitucional y de la descolonización. Sin embargo, abandonando el prejuicio cultural que siempre nos lleva hacia una lectura de la historia y del “otro” a partir del imperio de la cultura doméstica, la epistemología del cuidado aplicada a la tradición occidental podría ser considerada un proceso de transición o descolonización al revés⁵¹.

El Consejo constitucional francés, en la decisión *Cédric H.* de 6 de julio del 2018, ha resuelto dos “QPC” (*question prioritaire de constitutionnalité*), sobre el así llamado “delito de solidaridad”⁵² o

⁴⁸ *Sentencia 004-14-SCN-CC de 6 agosto 2014*, itálicas añadidas.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, A. Castillejo Cuellar, *Poética de lo otro. Hacia una antropología de la guerra, la soledad y el exilio interno en Colombia* (2016), que denuncia la necesidad de recuperar el concepto de proximidad para de-construir la representación del “otro” respecto a los desplazados de la guerra civil en Colombia, pero también a los migrantes para cualquier razón en el mundo: «*pensar en el prójimo es pensar en vecindad y cercanía cognitivas, algo que en la contemporaneidad se ha perdido*» (270).

⁵⁰ Como recuerda Pegoraro, es la distinta “*mentalità*” que diferencia el jurista interno y el comparatista: «*Certo, anche il comparatista è succube dei propri crittotipi, da cui fatica a liberarsi, ma appunto la almeno parziale liberazione da essi lo distingue dal giurista domestico, che viceversa guarda al diritto “ignoto” continuando a usare le proprie categorie come metro di paragone*» (*Il diritto comparato in cerca di una identità*, cit., 812).

⁵¹ He intentado demostrar como partiendo de los modelos de relación entre ser humano y naturaleza de los pueblos indígenas se pueda iniciar un proceso de redescubierta de ese paradigma también en el pasado de la cultura occidental en S. Bagni, *Back to the future: building harmony with nature in the European Union by learning from our ancestors*, in S. Baldin, S. De Vido, *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives* 77-100 (2020).

⁵² B. Bouquet, *Le délit de solidarité en débat*, *Vie sociale*, 187-200(3, 27, 2019), disponible en <https://www.cairn.info/revue-vie-sociale-2019-3-page-187.htm> (visitado el 2 abril 2020).

“delito de humanidad”. Se trataba de dos cuestiones de constitucionalidad promovidas por la Corte de Casación en dos casos análogos. En 2017, el agricultor Cédric Herrou y el profesor-investigador Pierre-Alain Mannoni habían sido condenados por la Corte de Apelación de Aix-en-Provence (Bouches-du-Rhône), a cuatro y dos meses de prisión respectivamente, por haber el primero conducido unos 200 migrantes, principalmente eritreos y sudaneses, de la frontera italiana a su casa, donde él había establecido un campo de primera acogida; el segundo, por haber acompañado tres Eritreos a la estación de trenes. El área donde los supuestos crímenes habían sido cometidos es una de las principales zonas de acceso de inmigrantes a Europa a través de Italia. En 2018, se había registrado un pico en la inmigración irregular y se habían producido graves tensiones se habían producido entre la policía italiana y la francesa en la frontera, hasta casi convertirse en un caso diplomático. Muchos migrantes indocumentados, evadidos de los centros italianos de identificación de migrantes, llegaban a la frontera e intentaban escaparse cruzando la frontera a través de los bosques alpinos. Especialmente en invierno, con el frío y la nieve, eso representaba un peligro para la vida de estas personas, que llegaban a un territorio dificultoso y desconocido, sin protección adecuada frente al frío y el hambre. Por esta razón, los casos de ciudadanos franceses que ayudaban esta humanidad desesperada habían aumentado en aquel periodo⁵³. En particular, el señor Herrou se volvió un símbolo de la lucha por la defensa de la dignidad humana.

El artículo L. 622-1 del Código de la entrada y de la estancia del extranjero y del derecho de asilo (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile -CESEDA*) prevé una serie de delitos cometidos por cualquier persona que, por medio de ayuda directa o indirecta, facilita o intenta facilitar la entrada, la circulación y la permanencia irregular del extranjero en Francia y en otros territorios europeos o del área Schengen. El artículo L. 622-4, en cambio, introduce un eximente, sólo respecto al delito de ayuda a la permanencia ilegal, para un elenco taxativo de personas, que esencialmente tienen una relación de parentela o conyugal con el extranjero. Toda otra persona física o jurídica está excusada sólo si la ayuda no ha generado una contrapartida y ha consistido en consejos jurídicos o prestaciones médicas, de hospedaje o alimentación, con la finalidad de garantizar al extranjero condiciones de vida digna o tutela de dignidad o integridad psicofísica.

⁵³ V. Champeil-Desplats, *Le principe constitutionnel de fraternité : entretien avec Patrice Spinosi et Nicolas Hervieu*, La Revue des droits de l'homme (15, 2019), disponible en <http://journals.openedition.org/revdh/5881> (visitado el 2 abril 2020). Véase también M. Bayoumi, *Is showing compassion to migrants a crime?*, The Guardian, 17 junio 2019, disponible en <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/jun/16/humanitarian-activist-migrants-scott-warren#img-1> (visitado el 2 abril 2020).

Los recurrentes denuncian las normas citadas por violación del principio de fraternidad⁵⁴, bajo dos distintos perfiles. En primer lugar, en cuanto la eximente se aplica sólo al delito de ayuda a la permanencia ilegal, y no así, a los de entrada y circulación; en segundo lugar, porque la eximente se extiende sólo a las personas más íntimas al extranjero, y a cualquiera persona que actúa por razones humanitarias, sin recibir contrapartidas directas o indirectas, sólo en algunas circunstancias limitadas.

Al examinar la cuestión bajo el parámetro de la violación del principio de fraternidad, el Consejo constitucional empieza su razonamiento reconociendo por primera vez en la historia de la justicia constitucional francesa, que ese principio tiene valor constitucional⁵⁵. De hecho, la Constitución francesa es una entre las pocas a nivel mundial, y la única en Europa⁵⁶, que menciona expresamente la fraternidad en su texto, en tres partes: en el preámbulo, en el art. 2, como elemento del lema de la Nación; en el art. 72-3, que reconoce las poblaciones del “*Outre-mer*” dentro de la nación francesa⁵⁷.

Del valor constitucional del principio, el Consejo deriva de manera directa «[...] *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national*» (la libertad de ayudar a los otros, para fines humanitarios, a pesar de su condición de permanencia irregular en el territorio). Sin embargo, del principio no derivan derechos absolutos. De la Constitución se desprenden otros principios igualmente aplicables al caso, como por ejemplo, de protección del orden público. Así las cosas, pertenece al legislador buscar una forma de conciliación entre los dos principios. Al Consejo Constitucional no le pertenece, entonces, la elección sobre cual principio debe prevalecer, ni sobre cual es la manera para crear un balance eficaz. Pero sí es competencia del Consejo evaluar si, al ponderar los dos principios, el legislador haya actuado de manera razonable y proporcional. En esta tarea, el Consejo subraya como la

⁵⁴ En la cuestión de inconstitucionalidad se añaden también otros parámetros constitucionales, que no interesan en el presente estudio: principio de necesidad, de proporcionalidad entre delito y pena, de legalidad, de igualdad y no discriminación.

⁵⁵ M. Borgetto, *Sur le principe constitutionnel de fraternité*, RDLF 1-7 (14, 2018); Id., *Fraternité et Solidarité : un couple indissociable?*, en M. Hecquard-Théron (cur.), *Solidarité(s): Perspectives juridiques*, 11-33 (2009, OpenEdition Books: 2018), disponible en <https://books.openedition.org/putc/205?lang=it> (visitado el 2 abril 2020); Id., *Valeur constitutionnelle - La fraternité devant le Conseil constitutionnel*, Document: La Semaine Juridique Edition Générale 876 (30-35, 23 Juillet 2018).

⁵⁶ Ver S. Bagni, *Fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado*, Revista General de Derecho Público Comparado, 7 (20, 2017).

⁵⁷ «*La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité*». Una reconstrucción del principio en la historia constitucional francesa se encuentra en: M. Iacometti, *Liberté, égalité, fraternité: desde el origen del “tríptico” en la epopeya revolucionaria hasta su desarrollo en el constitucionalismo liberal francés y europeo*, Revista General de Derecho Público Comparado, 1-31 (20, 2017).

ayuda a la circulación no implica en sí misma la creación de una situación ilegal. Por esta razón, entiende el Consejo que la ponderación entre los dos principios arriba mencionados no haya sido realizada de manera correcta, y por eso termina suprimiendo la limitación de la eximente al solo delito de ayuda a la permanencia. Por la misma razón, en cambio, el Consejo no ha extendido la inmunidad penal al crimen de ayuda a la entrada en el territorio nacional.

En cuanto a la tipificación de conductas realizadas con finalidades humanitarias, el Consejo afirma que no hay violación del principio de fraternidad, porque hay que interpretar la disposición de manera extensiva, incluyendo «à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire» (cualquier acto de ayuda realizado con finalidad humanitaria). Según el Consejo, sólo esta interpretación no desconoce el principio de fraternidad, así que es la única aplicable para no violar la Constitución (sentencia interpretativa de rechazo, o constructiva⁵⁸).

En el formante legislativo, la primera consecuencia ha sido la reforma del CESEDA, con la ley n° 2018-778 del 10 de septiembre de 2018 (*pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*), que ha transpuesto en el código los principios establecidos por el Consejo Constitucional⁵⁹.

Es importante subrayar que el legislador francés ya estaba enterado de la cuestión. En la exposición de motivos de la precedente ley de reforma del Código⁶⁰ se mencionaba el hecho de que varias asociaciones humanitarias habían pedido al Gobierno de abrir el ámbito de aplicación de la eximente del art. 622-4 a todo acto humanitario. Entonces, la interpretación amplia de la conducta eximente por parte del Consejo comparte las argumentaciones ya utilizadas por una parte de la sociedad civil y apoyada por varias recomendaciones de órganos internacionales⁶¹.

⁵⁸ T. Escach-Dubourg, *Éloge d'une décision éminemment audacieuse. Quelques considérations à partir de la décision n°2018-717/718 QPC, 2,* disponible en https://www.academia.edu/37180238/Éloge_d'une_décision_éminemment_audacieuse_Quelques_considerations_à_partir_de_la_décision_n_2018-717_718_QPC (visitado 2 de abril 2020); H. Pauliat, *La fraternité terrasse (pour partie) le délit de solidarité*, *Aperçu rapide*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, 597 (28, 2018).

⁵⁹ La nueva formulación de la inmunidad prevista en el artículo 622-4, para los delitos de ayuda a la circulación y a la estancia de los extranjeros irregulares es la siguiente: «3° De toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire».

⁶⁰ *Loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.*

⁶¹ M.R. Donnarumma, *Le «délit de solidarité», un oxymore indéfendable dans un état de droit*, *Revue française de droit constitutionnel*, 45-58 (1, 117, 2019), disponible en <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2019-1-page-45.htm> (visitado 2 de abril 2020).

En cuanto al formante jurisprudencial, la decisión ha de inmediato producido efectos en el contencioso administrativo, como demostración de la enorme capacidad expansiva de la sentencia. En agosto del mismo año, el Tribunal administrativo de Besançon, en un juicio de urgencia sobre la legitimidad de medidas que atentan a las libertades fundamentales (*référé liberté*), ha tenido que decidir si una orden anti-mendicidad aprobada por el alcalde de Besançon pudiese afectar la libertad de ayudar a otros con fin humanitario. Aunque en el caso específico el Tribunal no haya entendido desproporcionado el balance entre esta libertad y el interés a la defensa del orden público efectuado por el alcalde, la decisión del Consejo Constitucional ha constituido la base para el reconocimiento de la libertad misma como parámetro de la legalidad del acto. Aún más, el alcalde de Besançon ha tomado enseguida una nueva orden, cancelando la prohibición de mendicidad, y manteniendo sólo la prohibición de estancia prolongada en la calle, si esta conducta afecta la tranquilidad pública, a pesar de que la acción sea acompañada o no de un pedido a los viandantes.

En el primer § hemos apoyado el asunto, de que el paradigma de la compasión y del cuidado fundamenta varias propuestas para salir de las múltiples crisis que estamos viviendo. Son respuestas ecológicas y holísticas, en el sentido que consideran estructural el desbalance entre las tres dimensiones del concepto de desarrollo (económica, social, medio-ambiental) a favor del modelo del crecimiento infinito y por eso proponen soluciones de re-equilibrio que abarcan conjuntamente los temas del pluralismo cultural y del cuidado de la naturaleza. Una confirmación de la necesidad de tomar conciencia de este entramado viene de la jurisprudencia del Consejo constitucional francés.

Poco después del caso *Cédric H.* el Consejo ha tomado otra decisión eje en ámbito medio-ambiental. En el caso *Union française des semenciers* (N° 2019-823 QPC, 31 enero 2020) el Consejo, por primera vez en su historia, ha reconocido la protección del medio-ambiente como objetivo de valor constitucional, una categoría jurídica creada por el mismo Consejo⁶², que se ubica entre el concepto de interés general y aquel de verdadero derecho constitucional. La única referencia textual al medio-ambiente que se encuentra en la Constitución francesa es en el preámbulo, modificado en el 2005, con la introducción de la referencia a la Carta del medio-ambiente, que reconoce el derecho a un medio-ambiente sano. La interpretación del Consejo justifica un juicio de razonabilidad en la ponderación entre el derecho de iniciativa económica, invocado por los

⁶² Fr. Luchaire, *Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle*, Rev. fr. Dr. const. 675 s. (4, 64, 2005).

recurrentes, y el objetivo de valor constitucional de tutela del medio-ambiente. Lo que nos interesa subrayar aquí es que el Consejo reconoce a este objetivo un alcance supra-nacional, en cuanto debe evaluarse tomando en consideración que la protección del medio-ambiente es «*patrimoine commun des êtres humains*». Como consecuencia, hay que considerar los posibles efectos que la normativa cuestionada puede generar aún al extranjero. El razonamiento jurídico muestra la aplicación consciente de una perspectiva ecológica a la crisis ambiental, que considera la vulnerabilidad de todos los seres vivos frente a los cambios ambientales y climáticos antropogénicos.

Leídas conjuntamente, las dos decisiones crean una jurisprudencia sistémica del Consejo Constitucional, que aplica un único paradigma, del cuidado, a las dos grandes cuestiones irresueltas actuales: la desigualdad social y la crisis ambiental.

Con la incorporación de la fraternidad en el bloque de constitucionalidad y de la protección del medio ambiente como objetivo de valor constitucional, el juez constitucional ha emprendido un camino de transición hacia un nuevo paradigma constitucional, que puede volverse fecundo bajo varios ámbitos jurídicos⁶³.

El análisis de las prácticas de la regla de las 4 C intenta demostrar que las ciencias sociales, dentro de las cuales incluimos la ciencia jurídica, pueden dar una contribución original en la comprensión de la situación actual, no solo dando voz a los dramas humanos que pueblos enteros están viviendo, sino proponiendo alternativas al modelo jurídico que ha legitimado la prevalencia del interés del capital sobre el de la defensa de la vida en el planeta. «*A sound and sustainable ecology, one capable of bringing about change, will not develop unless people are changed, unless they are encouraged to opt for another style of life, one less greedy and more serene, more respectful and less anxious, more fraternal*»⁶⁴.

El momento histórico en que vivimos requiere que la compasión vuelva a ser la base de las elecciones de política del derecho, porque los problemas generados por la sobre-explotación de los recursos naturales, al origen de las crisis de que hemos hablado al principio, incluso, no únicamente, la pandemia de coronavirus, no se pueden solucionar sin “*cum-pasión*” y “*cuidado*”, creando enlaces basados sobre compartición desinteresada de sentimientos.

⁶³ T. Escach-Dubourg, *Éloge d'une décision éminemment audacieuse*, cit., 15 ss. Véase también D. Balmay, *La fraternité*, S.E.R. «Études», 31-42 (2, 2019), disponible en <https://www.cairn.info/revue-etudes-2019-2-page-31.htm> (visitado 2 de abril 2020); V. Champeil-Desplats, *Le principe constitutionnel de fraternité*, cit., 5.

⁶⁴ Documento final. Asamblea especial para la región panamazónica, *Amazonía: nuevos caminos para la iglesia y para una ecología integral*, cit., 58.

Hay que desear que el paradigma del cuidado y de la compasión pueda volverse el antídoto al coronavirus en la ciencia jurídica, y que pueda afectar a otras jurisdicciones por medio del *transjudicial dialogue*. Aún más, hay que desear que el paradigma del cuidado y de la compasión pueda afectar a todos los juristas, a través de la enseñanza del método comparativo como instrumento pedagógico necesario en su camino formativo. Tania Groppi, hablando de “*multiculturalismo 4.0*”, denuncia la necesidad de invertir en «*politiche educative e di prossimità finalizzate all’empatia e alla cultura del dialogo*», involucrando no sólo los sujetos que operan en el ámbito jurídico, sino toda la sociedad y sus instituciones, para que «*la capacità di raffigurarsi simpateticamente nella categoria dell’altro*» se vuelva una competencia básica de cada persona⁶⁵.

Finalmente, hay que recordar, con Scarpelli⁶⁶, que la actitud comparativa es intrínseca en cada uno de nosotros, y que sólo es superada por el Amor, que es el único sentimiento que confunde el “yo” y el “tu”. Por eso, vuelvo a terminar este artículo, como ya lo había hecho en el 2016, con las palabras de los Beatles: «*Todo lo que necesitamos [para comparar] es Amor*».

⁶⁵ T. Groppi, *Multiculturalismo 4.0*, Osservatorio costituzionale, 12 (1, 2018).

⁶⁶ Como he conocido a Scarpelli tramite mi maestro Lucio Pegoraro, la cita es a su obra: L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, 26-27 (2017).