



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

Virgilio D’Antonio – Simona Libera Scocozza

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

Anastaziya Tataryn

32 Eco-Techne: Law, Legal Categories, and what to make of this world in which we are living

Silvia Bagni

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

Andrea Stazi

75 Human genomics and surrogate motherhood: legal pluralism and the circulation of models

Yuri Tornero Cruzatt

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

Elisa Contu – Book Review

138 Book Review – K. Odaki, The Right to Employee Inventions in Patent Law. Debunking the Myth of Incentive Theory

EL DERECHO AL OLVIDO EN EL DIÁLOGO ENTRE EL MODELO EUROPEO Y LAS EXPERIENCIAS SURAMERICANAS

Virgilio D'Antonio

Simona Libera Scocozza

En el contexto jurídico comunitario, la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia de la Unión Europea representa el punto de referencia fundamental para definir teóricamente el derecho al olvido, entendido como posición jurídica resultado del equilibrio entre derecho individual a la construcción de su propia identidad (no solo digital) y derecho colectivo al conocimiento, sin olvidar el papel (también tutelado) de los que han difundido la información (ya sean buscadores, periodistas, etc.). La tentativa de desplazar las cuestiones de la decisión del Tribunal europeo a otras realidades jurídicas, sobre todo aquellas suramericanas, ha producido soluciones, en algunos casos originales, no exentas de luces y sombras pero caracterizadas por el específico interés que estos ordenamientos tienen por la búsqueda de un equilibrado balance entre derechos individuales y derechos colectivos (sobre todo aquel a la información) en contextos donde sigue siendo fuerte el recuerdo de un cercano pasado de violaciones de los derechos humanos perpetradas por el mismo medio del “derecho”.

Under the European Community legal context, the decision called “Google Spain” rendered by the European Court of Justice represents the fundamental theoretical definition of the “right to be forgotten”, considered as an individual right resulting from the balance between the individual right of the protection of its own identity (not only digital) and the general right of information. The attempt to transpose the contents of the decision of the European Court into other legal contexts, especially in Latin American ones, has settled solutions “with lights and shadows”, considering in any case the protection that these systems granted to the research of the right balance between individual rights and collective rights (in particular the right to be informed) in contexts where the human rights violations are frequent and not always punished.

TABLA DE CONTENIDO

PREMISA

I. NASCIMIENTO DE UN DERECHO

II. EL OBJETO DE LA INSTANCIA: EL DERECHO A LA DESINDEXACIÓN

III. LAS PARTES DEL PROCEDIMIENTO: EL INTERESADO Y LOS “CONTRAINTERESADOS”

IV. EL DERECHO AL OLVIDO EN EL NUEVO REGLAMENTO SOBRE PRIVACIDAD

V. ARGENTINA

VI. BRASIL

VII. COLOMBIA

CONCLUSIONES

PREMISA

Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer.

*En el abarrotado mundo de Funes
no había sino detalles, casi inmediatos¹.*

¿Qué sería el hombre sin la posibilidad de olvidar, de elegir –incluso inconscientemente– lo que cabe guardar en la memoria y lo que, en cambio, es necesario olvidar para poder superar las dificultades de la vida?

Para Borges, un hombre sin olvido es como una máquina, es un autómata exento de cualquier capacidad de elaborar pensamientos, un ser rico en informaciones pero incapaz de seleccionarlas, esto es, destinado a quedar aplastado por todas las informaciones acumuladas.

Tal y como a menudo ocurre durante la evolución del discurso jurídico, la existencia de un verdadero derecho al olvido se fortalece justo cuando se pone en tela de juicio su esencia por el riesgo ínsito en el perenne presente prometido por la red y reconocido como uno de los rasgos típicos del *medium*².

Sin embargo, cabe destacar que el derecho al olvido, siendo exteriorización y ramal de todos aquellos derechos relacionados con la protección de la personalidad y con la intimidad, tal y como es en la experiencia europea, no tiene suerte en países que están luchando socialmente para buscar las verdades escondidas por las dictaduras militares.

Desde este punto de vista se debe considerar la discusión sobre el derecho al olvido en América Latina, donde búsqueda de la verdad y derecho al olvido se contraponen a la tutela de los derechos de los pueblos víctimas de las impiedades de las dictaduras.

Existen proyectos de ley y fallos jurisprudenciales en diferentes países y regiones de América Latina acerca de la cuestión del derecho al olvido y, dependiendo de los casos, se inspiran mucho en la solución europea y de esta proceden.

* Aunque concebidos conjuntamente por los dos autores, los párrafos de 1 a 4 están a cargo de Virgilio D'Antonio y los de 5 a 8 de Simona Libera Scocozza. Este texto está destinado a escritos en honor del prof. Antonio Scocozza.

¹ J.L. Borges, *Funes el memorioso*, en *Ficciones*, 1944.

² Dentro de los primeros comentarios orgánicos a la decisión, véase A. Palmieri y R. Pardolesi, “Dal diritto all’oblio all’occultamento in rete: traversie dell’informazione ai tempi di Google”, en *Nuovi Quad. Foro it.*, 1, 2014, pp. 1-16. De todas formas, sobre las conclusiones del Abogado general Nillo Jääskinen, aunque caracterizadas por una lectura de la circunstancia inspirada en soluciones decididamente más moderadas respecto de aquellas de la sentencia, véase D. Lindsay, “The «right to be forgotten» in European data protection law”, en N. Witzleb, D. Lindsay, M. Paterson y S. Rodrick (eds.), *Emerging Challenges in Privacy Law. Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 290-337.

I. NACIMIENTO DE UN DERECHO

A pesar de que el concepto de derecho al olvido no es nuevo para Europa³, no debe sorprender que en este continente haya empezado el debate sobre este tema, abriendo el camino a una nueva época de derechos.

Con la decisión del 13 de mayo de 2014⁴, basándose en la normativa de la Unión Europea en materia de protección de los datos personales, el Tribunal de Justicia europeo sostiene que *Google* y, en general, todos los buscadores, son responsables del tratamiento de los datos personales que se encuentran en los sitios *web*⁵. Esto significa que quienquiera puede pedir que determinadas informaciones que lo atañen sean borradas, si el sujeto las considera inadecuadas, no pertinentes o también inactuales.

Antes de profundizar en el fallo en cuestión y en la importancia de esa decisión, cabe decir que la locución “derecho al olvido” no aparece casi nunca en el texto de la decisión, sino que se emplea bastante raramente, tal vez de forma fugaz⁶.

En efecto, el verdadero objeto del fallo se puede considerar como mucho un “fragmento” particular y marginal del derecho al olvido: el derecho al oscurecimiento de determinados resultados de búsqueda asociados con su propio nombre por las *search engine technologies*, es decir, una moderna prerrogativa propia y exclusiva de las relaciones entre internautas y administradores de buscadores. Cabe hallar la génesis de la decisión de la sentencia del Tribunal de Justicia en la especialización de la actividad de los buscadores que actúan en la *web*⁷ como “tratamiento de datos personales”, según el art. 2, letra b) de la Directiva 95/46/CE⁸.

³ A raíz de lo aprendido de Paul Bernal, Carlos Cortés Castillo afirma que el origen del derecho al olvido se halla en el concepto de derecho francés “*droit à l’oubli*” e italiano que, en términos generales, lo define como “el derecho a tener silenciados sucesos del pasado que ya no tienen relación con la actualidad”, tal y como los delitos del pasado que se han extinguido. Cfr. C. Cortés Castillo, “Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital”, en E.A. Bertoni (ed.), *Internet y Derechos Humanos. Aportes para la discusión en América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2014, p. 135. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHH.pdf>. Véase también P.A. Bernal, “A Right to Delete?”, en *European Journal of Law and Technology*, Vol. 2, No. 2, 2011, p. 1. Disponible en <http://ejlt.org/article/view/75/144>.

⁴ “Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=f>

⁵ Cfr. párr. 83 y 85 sentencia *Google Spain*.

⁶ Precisamente, la palabra ‘olvido’ solo aparece cuatro veces en la sentencia y solo se articula dos veces en la locución ‘derecho al olvido’, en los párrafos 20 y 91.

⁷ En la decisión, la de los buscadores se define como actividad «que consiste en encontrar informaciones publicadas o insertadas por terceros en Internet, en indizarlas de forma automática, en memorizarlas momentáneamente y, finalmente, en ponerlas a disposición de los usuarios de Internet según un determinado orden de preferencia (cfr. párr. 21 y 41)». Similar actividad, según el Tribunal de Justicia, se puede considerar tratamiento de datos profesionales siempre y cuando las informaciones ofrecidas a los usuarios de la web contengan datos personales.

⁸ Cfr. E. Kosta, Ch. Kalloniatas, L. Mitrou, E. Kavakli, “Search Engines: Gateway to a New «Panopticon»?”, en S. Fischer-Hübner, C. Lambrinouidakis, G. Pernul (eds.), *Trust, Privacy and Security in Digital Business*, Springer,

Así las cosas, si, cuando “manejan” datos personales, la actividad de los buscadores se puede considerar “tratamiento de datos personales”, entonces es lógico atribuir al administrador del buscador la condición de ‘*responsable*’ del mismo, según el art. 2, letra d) del texto normativo. Por lo tanto, el administrador debe asegurar, sobre la base de sus responsabilidades, competencias y posibilidades, la conformidad de su *agere* a las previsiones de la directiva 95/46, en aquel entonces en vigor, y el interesado tiene igual derecho a recurrir directamente al responsable del mismo. Además, esto ocurre de forma totalmente autónoma respecto de las relaciones entre interesado y titular del sitio de origen, donde se halla la información: la petición dirigida al buscador prescinde de la diferente instancia de cancelación eventualmente propuesta al sujeto que ha puesto la información en la red. Por lo tanto, el corte interpretativo marcado por la sentencia está representado por la elección de otorgar independencia al servicio desempeñado por los buscadores, entendido como autónomo tratamiento de los datos personales, distinguiéndolo de aquel de los administradores de las páginas de origen. Está claro que, en este segmento, el administrador del buscador es responsable del autónomo tratamiento⁹.

Por medio de esta solución interpretativa, el Tribunal llega a reconocer a cualquier interesado el derecho a presentar al administrador del buscador instancias según los arts. 12, letra b), y 14, apartado 1, letra a), de la directiva 95/46¹⁰ para obtener la exclusión de los resultados de búsqueda relacionados con su propio nombre de determinadas informaciones presentes en la red y que atañen a su esfera personal. En la estructura de la decisión, la primera selección acerca de la validez de la instancia se remite precisamente al administrador del buscador, el cual debe desempeñar la difícil tarea de identificar el justo equilibrio entre los derechos fundamentales de la persona, derivantes de los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el (potencialmente conflictivo) legítimo interés de los usuarios de Internet que quieran acceder a aquella específica información¹¹. Si el interesado ve que su instancia es desatendida por el administrador del buscador puede dirigirse a la autoridad de control nacional en materia de privacidad o, de lo contrario, a la autoridad judicial, para que estas –casi como si fueran órganos de segundo grado– verifiquen la honradez de la posición del responsable del tratamiento y,

Heidelberg, 2009, pp. 11-21. Cfr. también las contribuciones presentes en S. Furnell, C. Lambrinouidakis, J. Lopez (eds.), *Trust, Privacy, and Security in Digital Business*, 10th International Conference, TrustBus, Praga, 2013, 28-29 de Agosto de 2013.

⁹ Oportunamente A. Palmieri, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete*, cit., p. 6, subrayan que, respecto de este perfil específico, el Tribunal también está en contradicción con la reconstrucción ofrecida por el Grupo de Trabajo Artículo 29 del parecer n. 1/2008, para la cual los buscadores, «as providers of content data (such as the data in the index), generally [...] are not to be held as primarily responsible under European data protection law for the personal data they process. Exceptions are the availability of a long-term ‘cache’ and value added operations on personal data (such as search engines aimed at building profiles of natural persons)».

¹⁰ En el párr. 77 de la decisión.

¹¹ Cfr. párr. 81 de la decisión comentada.

eventualmente, le ordenen adoptar medidas adecuadas¹².

Ese resultado prescinde completamente de la cancelación de la red de la página en que las informaciones han sido publicadas en principio o de otros enlaces que remiten a estas¹³. En definitiva, desde la específica perspectiva de los procedimientos de notificación y remoción de contenidos en el ámbito de la llamada *web 2.0*, las soluciones ofrecidas por el Tribunal se podrían así sintetizar: a) cada ciudadano comunitario puede solicitar directamente al buscador que elimine un enlace con una página *web* que contenga datos personales referibles a él, aunque publicados lícitamente en la página de origen; b) el prestador, como responsable del tratamiento, debe examinar la instancia del particular y, en caso de rechazo (o de fallida confirmación), este último podrá recurrir a la Autoridad administrativa independiente o a la judicial; c) la actividad de equilibrio se deberá desarrollar teniendo en debida cuenta la libertad de empresa del proveedor y los derechos de acceso a la información de todos los socios, puesto que, por lo general, es preeminente el derecho del interesado a ver desindexados los resultados considerados contrarios al propio derecho a la intimidad, a la tutela de los datos personales, así como a la identidad personal, también frente a la falta de un efectivo perjuicio.

II. EL OBJETO DE LA INSTANCIA: EL DERECHO A LA DESINDEXACIÓN

Ya se ha dicho que la decisión del Tribunal de Justicia –aunque se considera un viraje del derecho al olvido en Internet– solo fugazmente recuerda similar posición jurídica, para luego detenerse en una especie de más neutro y técnico «derecho a no ser buscados fácilmente»¹⁴ por los internautas que consultan a los buscadores: es el derecho a la desindexación de determinadas páginas *web* frente a específicos parámetros de búsqueda (es decir, el nombre del interesado). La marcada reticencia del Tribunal de referirse explícitamente al derecho al olvido en la decisión no es casual: muy probablemente la *Grande Chambre* no quisiera definir la situación del *right to be forgotten* en la época de Internet, sino más bien reglamentar una posición jurídica que, a pesar de estar relacionada con

¹² El párr. 82 de la decisión prevé explícitamente que «la autoridad de control o la autoridad judicial, frente al resultado de la evaluación de las presuposiciones de aplicación de los artículos 12, letra b), y 14, primer apartado, letra a), de la directiva 95/46, que se realiza cuando reciben una petición como aquella objeto del procedimiento principal, pueden ordenar a ese administrador que elimine de la lista de resultados, que aparece tras una búsqueda hecha a partir del nombre de una persona, los enlaces a páginas web publicadas por terceros y que contienen informaciones relativas a esa persona, sin que una intimación en ese sentido presuponga que ese nombre y esas informaciones sean, con el pleno consenso del editor o por orden de una de las autoridades antes citadas, previa o simultáneamente borrados de la página web en la que han sido publicados».

¹³ Sobre el tema se remite a las reflexiones de C. Bennett, Ch. Parsons, A. Molnar, “Forgetting, Non-Forgetting and Quasi-Forgetting in Social Networking: Canadian Policy and Corporate Practice”, cit., pp. 41 y ss.

¹⁴ Hablan explícitamente de «right not to be found easily» A. Palmieri, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete*, cit., p. 14.

el olvido, presenta indudables rasgos peculiares por especificar unos vínculos entre individuos y buscadores que sondean constantemente la red. Es el derecho a la desasociación de su propio nombre de un determinado resultado de búsqueda.

Este derecho a la desasociación –que llevará a una nueva definición de derecho al olvido– parte de la voluntad de permitir al individuo de “reglamentar” su propia presencia en la *web*, huyendo del “perenne presente” de la red y de la creación de un perfil personal no querido por el sujeto interesado, esto es, diferente de la imagen pública que cada uno quiere ofrecer de sí mismo.

Al releer el cuerpo de la sentencia, la búsqueda de enlaces a páginas *web* que se refieren a un nombre se parangona a un tipo de creación de ‘perfil’ de un determinado sujeto: la extrema indeterminación del tratamiento desempeñado por los buscadores al que, por lo general, no ha sido reconocido por el Tribunal ninguna finalidad periodística, histórica o estadística, lleva a la previsión de una especie de ‘nuevo’ derecho para el sujeto al que se refieren las informaciones. Esa posición jurídica se concreta en la posibilidad de pedir directamente al administrador de la plataforma que elimine aquellos enlaces *web* considerados perjudiciales para sus derechos fundamentales a la intimidad y a la tutela de los datos personales. Además, tal y como parece establecer el Tribunal, el derecho al oscurecimiento de determinados enlaces es extremadamente difusivo, en la medida en que la potencial lesión a tutelar por medio de la desindexación no presupone ni la ilicitud de la información presente en el sitio de origen, ni se fundamenta necesariamente en la existencia de un perjuicio para el interesado. Es más, en diferentes pasajes de la sentencia se lee que el derecho a la eliminación de las SERP (*Search Engine Result Pages*) prescinde completamente de la comprobación de que la inclusión de la información en cuestión en esa lista ocasione un perjuicio al interesado. Y entonces, por lo que a los perfiles procedimentales se refiere, este es el específico derecho en el que se puede basar la instancia propuesta por el interesado al administrador del buscador: esto es, no el derecho de concelación de la información de la red, sino más bien aquel a la desasociación de una página específica, identificada por el propio *Uniform Resource Locator* (URL), de una peculiar *query* de búsqueda (es decir, el nombre del interesado).

En otras palabras, parecería que el Tribunal de Justicia tuvo una especie de ‘viraje’ acerca del derecho al olvido, aunque entendido en su acepción dinámica y ‘tecnológica’¹⁵: ya no es (o no solo) derecho al olvido de sí, sino también al mero redimensionamiento de su propia visibilidad telemática. Si bien se mira, se trata de principios no desconocidos a los medios de comunicación tradicionales, como la prensa, y los argumentos empleados por el Tribunal a beneficio de su reconstrucción son similares a los a que recurre la jurisprudencia que ha sancionado la prohibición

¹⁵ Sobre el tema se remite a las reflexiones de G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all’oblio*, cit., pp. 391 y ss. Véase también F. Mangano, “Diritto all’oblio”, en *Giur. merito*, 2012, pp. 2621-2651.

de injustificada conmemoración de hechos ya antiguos e inactuales¹⁶. Esos principios, llevados en los mecanismos propios de la red, significan que cada sujeto tiene el derecho a que su propia situación personal, ya no actual, desaparezca de la primera plana de la red –es decir, de las SERP producidas por los buscadores– para trasladarse a las páginas internas o ‘de segmento’ (que también forman parte de la *web*, aunque menos importantes). Al eliminar el enlace, el usuario interesado por aquella específica información podría realizar búsquedas ulteriores entrando directamente en las páginas o en los archivos de periódicos u otras ‘fuentes’, tal y como ocurría en los ‘albores’ de Internet. Por lo tanto, el objeto de la instancia presentada al buscador consiste en quitar al público una modalidad de acceso simplificada y generalizada a informaciones sobre su persona.

III. LAS PARTES DEL PROCEDIMIENTO: EL INTERESADO Y LOS “CONTRAINTERESADOS”

Tras definir cuál es el objeto de la instancia, cabe considerar a las posibles partes (directas o indirectas) del procedimiento de eliminación, cada una de las cuales tendrá un interés específico. En efecto, la actividad de balanceo entre derechos e intereses contrapuestos deseado por el Tribunal descansa en vía preliminar sobre la figura del prestador de servicios, el cual tiene que analizar las instancias de los particulares y, si se considera necesario, tiene que poner en ejecución las solicitudes de desindexación.

Como han más veces argumentado los jueces de Luxemburgo, partiendo de la posición del interesado¹⁷, a la hora de proponer su solicitud de desindexación de determinados resultados asociados con su nombre, este se acogerá a la aplicación del derecho a la intimidad y de aquel a la protección de los datos personales sobre la base de los arts. 7 y 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, además del derecho a la identidad personal¹⁸. Incluso ante la ausencia

¹⁶ Recientemente ha corroborado ese principio Cas. 26 de junio de 2013, n. 16111, en Foro it., 2013, I, pp. 2442 y ss. Por otro lado, desde siempre la actualidad de la noticia es uno de los parámetros de evaluación utilizados. Cfr. Trib. Roma 15 de mayo de 1995, en *Dir. Inf.*, 1996, pp. 424 y ss.; Trib. Nápoles, 8 de abril de 1995, *ibid.*, 1995, pp. 1016 y ss.; Trib. Roma 24 de enero de 1996, *ibid.*, 1996, pp. 572 y ss., con nota de V.Zeno-Zencovich.

¹⁷ Hay una evidente responsabilidad de identificación que el interesado debe cumplir adjuntando a su petición un documento de identidad o por medio de instrumentos de firma digital. Está claro que el administrador del buscador podrá desatender las peticiones a las que no se adjunten los datos del interesado, puesto que es fácil que se trate de «peticiones de remoción fraudulenta por parte de personas que se hacen pasar por otras para perjudicar a competidores o eliminar impropiaamente informaciones legales» (del módulo *on-line* de Google). La petición podría ser presentada también por un representante del interesado (o por un abogado), añadiendo igualmente un documento de identidad del interesado. En teoría, si la petición de remoción atañe a páginas que contienen imágenes con el interesado, podría ser necesario que el documento contenga la foto del mismo.

¹⁸ El derecho a la identidad personal se fundamenta en la identidad moral del individuo y se debe entender como el interés de la persona para que no se altere la verdad de su propia vida y de sus propias ideas. Ese derecho es diferente del a la integridad moral, porque prescinde de la naturaleza injuriosa o difamatoria de la noticia difundida, pero se refiere inmediata y simplemente a la verdad de la imagen global del sujeto. En la doctrina italiana, cfr. los

de una casuística consolidada, de la lectura de la decisión del Tribunal de Justicia parece emerger un elemento evidente: a su solicitud, él que presenta la instancia no debe añadir pormenorizadas argumentaciones, jurídicas o factuales, acerca de la necesidad de eliminar aquel determinado resultado. Se ha notado que la aceptación de la instancia prescinde totalmente de posibles prejuicios relacionados con la permanencia online del enlace en cuestión asociado con su nombre.

Por lo tanto, si las razones del solicitante pueden tener elementos justificadores mínimos, por ahora y por como lo ha configurado el Tribunal de Justicia, no parece existir similar consideración para eventuales contrainterésados (diferentes del administrador del buscador); la participación en el procedimiento de potenciales sujetos con intereses contrapuestos a los del interesado no aparece en la decisión y quizás, por las praxis adoptadas por los administradores de los buscadores, sea meramente eventual.

En efecto, en la sentencia se recuerda la perspectiva del *service provider*, considerado titular de un personal derecho a la libertad de empresa (también ex art. 17 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión), pero mucho más vago, incluso inconsistente, es el interés por la platea (no necesariamente indistinta) de los usuarios de la red, que también pueden preciar de un derecho al libre acceso a las informaciones presentes en la *web*¹⁹. Respecto de eso, la decisión en cuestión parece sobremanera deficitaria, puesto que ofrece una visión muy restrictiva del art. 11 de la Carta de los derechos fundamentales, por la evidente compromisión del derecho a la libertad de expresión –entendido en sentido lato– que el procedimiento en cuestión representa. La prerrogativa libertaria fundamental ínsita en el acceso a las informaciones por Internet parecería

estudios de A. De Cupis, “I diritti della personalità”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, al cuidado de Antonio Cicu y Francesco Messineo, Giuffré, Milán, 1959, pp. 399 y ss.; V. Zeno-Zencovich, voz *Identità personale*, en *Dig. disc. priv.*, secc. civ., IX, Turín, 1993, pp. 294 y ss.; F. Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, Cedam, Padua, 1984; G. Bavetta, voz *Identità (diritto alla)*, en *Enc. dir.*, XIX, pp. 953 y ss.; G. Alpa, L. Boneschi, M. Bessone (eds.), *Il diritto all'identità personale*, Cedam, Padua, 1981. Véase también G. Resta, *Identità personale ed identità digitale*, cit., al que se remite también por lo que a la bibliografía se refiere. Cfr. también M.L. Ruffini Gandolfi, *Mass media e tutela dell'identità personale. Il problema nel diritto statunitense*, Giuffré, Milán, 1987.

¹⁹ Los estudiosos llevan interrogándose desde hace tiempo sobre los confines del derecho a ser informados; véanse V. Zeno-Zencovich, “Il controllo sulle metodologie informative”, en *Dir. Inf.*, 1991, pp. 553 y ss. y P. Stanzone, “Informazione: potere, contropotere e le libertà del cittadino?”, en Id., *Diritto privato. Casi e problemi*, Salerno, 1992, pp. 339 y ss. La literatura en materia es muy amplia: *inter alios*, se remite a S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffré, Milán, 1957; L. Paladin, “Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano”, en Id. (ed.), *La libertà d'informazione*, Utet, Turín, 1979, pp. 33 y ss.; V. Crisafulli, “Problematica della «libertà d'informazione»”, en *Il Politico*, 1964, pp. 284 y ss.; A.M. Sandulli, “La libertà d'informazione”, en *Problemi giuridici dell'informazione. Atti del XXVIII Convegno nazionale*, en *Quadrimestre*, Milán, 1979, pp. 15 y ss.; A. Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Jovene, Nápoles, 1969; M. Mazziotti Di Celso, “Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano”, en *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Cedam, Padua, 1985, II, pp. 524 y ss. Desde un punto de vista comparatístico, cfr. A. Baldassarre, “Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RFT e USA)”, en *Pol. dir.*, 1986, pp. 586 y ss.; J. Rivero, “Il regime giuridico dell'informazione in Francia”, en L. Paladin (ed.), *La libertà d'informazione*, cit., pp. 65 y ss.; M.D. Forkosch, *La libertà d'informazione negli Stati Uniti d'America*, Ivi, pp. 195 y ss.

(casi siempre) considerarse sucumbiente respecto del derecho a ver protegida su propia intimidad en las búsquedas en la red, y el relieve residual atañería exclusivamente a un tratamiento con finalidades periodísticas²⁰. El principal (aunque no único) límite al derecho del interesado enunciado por el Tribunal de Justicia es el interés público al acceso a la noticia, entendido como explicitación del derecho a la libertad de información, con la única (y ejemplificadora) alusión a la notoriedad del sujeto al que se refieren los datos personales. A pesar de eso y de experiencias similares, propias de la *web*, donde el respeto contradictorio representa uno de los valores en los que se basa la legitimidad del procedimiento²¹, el sujeto titular de ese interés –no necesariamente superindividual– ni se identifica, ni se le llama a participar en el procedimiento de oscurecimiento del resultado de búsqueda.

Hemos visto que ese interés no coincide con aquel del administrador del buscador e incluso se puede considerar diferente de aquel del titular del sitio de origen (cuya participación en el procedimiento de desindexación también es puramente eventual).

Probablemente aquí se pueda hallar el momento de criticidad máxima de la estructura procedural imaginada por el Tribunal de Justicia: el riesgo de compromisión de la libertad de expresión habría tenido que sugerir un mecanismo de participación inmediato y necesario por lo menos por parte de la Autoridad administrativa competente, que habría podido desarrollar un papel de mediación entre los diferentes intereses en conflicto. Por lo contrario, en la actualidad, la autoridad administrativa (o eventualmente aquella judicial) es relegada a referente “de segundo nivel” cuando el buscador no acoge la instancia. Lo que se destaca es una situación, en realidad bastante emblemática, en la que un sinnúmero de instancias será analizado y acogido solo sobre la base de la evaluación (parcial) del interesado y del administrador del buscador, sin que haya habido un debate real respecto del posible *vulnus* de la libertad de expresión.

IV. EL DERECHO AL OLVIDO EN EL NUEVO REGLAMENTO SOBRE PRIVACIDAD

Con la reciente aprobación del nuevo Reglamento UE 2016/79 –Reglamento sobre Privacidad– por parte del Consejo y del Parlamento europeo, al cuadro jurídico comunitario en materia de

²⁰ Cfr. CGE, Grande sez., 13 de mayo de 2014, pleito C-131/12, cit., párr. 85: «además, el tratamiento por parte del editor de una página web, que consiste en la publicación de informaciones relativas a una persona física, eventualmente se puede realizar “exclusivamente por finalidades periodísticas” gozando así, sobre la base del artículo 9 de la directiva 95/46, de derogaciones a las prescripciones dictadas por esta, mientras no parece formar parte de esta hipótesis el tratamiento realizado por el administrador de un buscador».

²¹ Piénsese, sobre todo, en los procedimientos de *notice and take down* experimentadas en materia de tutela de la propiedad intelectual.

tratamiento y protección de datos personales, superando la originaria directiva 95/46/CE, de alguna manera le ocurre lo que le ocurrió al ordenamiento jurídico italiano, al pasar de la ley n. 675/1996 al d.lgs. n. 196/2003 (el llamado “*Código en materia de protección de datos personales*”).

En efecto, partiendo de la directiva de 1995, el “sistema” del tratamiento de los datos personales se ha progresivamente enriquecido gracias a muchas intervenciones, ya sean sectoriales o globales, no solo de matriz legislativa, sino también procedentes de la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia europeo y de aquella “paranormativa” de las *Data Protection Authorities* nacionales.

Aunque se mueve en el eje de la directiva 95/46/CE, con el paso del tiempo todo este “material” normativo ha ampliamente superado ese texto, imponiendo al legislador comunitario una obra de racionalización y sistematización que desembocó en el Reglamento de 2016.

Sin embargo, si bien se mira, sobre todo por lo que tiene que ver con el *specificum* del derecho al olvido y del derecho de cancelación de los datos personales²², la medida recién aprobada parece ponerse en una dimensión que no coincide perfectamente con las tesis explicitadas, incluso recientemente, por la jurisprudencia nacional de los Estados miembros y del Tribunal de Justicia, sobre todo después del *leading case* “Google Spain”.

En particular, el texto del art. 17 del Reglamento, aunque se conforma a la dimensión de las relaciones procedentes de la red, al proponer un aplastamiento de la perspectiva de olvido y cancelación sobre la mera cesación del tratamiento, no parece capaz de acoger todos los matices que la noción de derecho al olvido ha adquirido en los últimos años entre tutela de la identidad personal y protección de los datos personales del individuo.

De hecho, la previsión del art. 17, párr. 3 del Reglamento, titulado «*Derecho al olvido y a la cancelación*»²³, limita la obligación de cancelación del responsable del tratamiento en los casos en que

²² Se remite a G.B. Ferri, “Diritto all’informazione e diritto all’oblio”, en *Riv. dir. civ.*, I, 1990, pp. 801 y ss.; V. Zeno-Zenocovich, voz *Identità personale*, en *Dig. disc. priv.*, secc. civ., IX, Turín, 1995, pp. 295 y ss.; P. Bernal, “The EU, the US and Right to be Forgotten”, en S. Gutwirth, R. Leenes y P. De Hert (eds.), *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 61 y ss.; G. Finocchiaro, voz *Identità personale*, en *Dig. disc. priv.*, secc. civ., Turín, 2010, pp. 721 y ss. y otras amplias referencias bibliográficas que en esas obras aparecen. Véase también G. Resta, “Identità personale e identità digitale”, en *Dir. inf.*, 2007, pp. 511 y ss.

²³ La previsión presente en el texto, sobre todo en los párrafos 3 y 4, prevé que «el responsable del tratamiento se hace cargo sin retraso de la cancelación, a menos que no sea necesario guardar los datos personales: (a) para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión conformemente al artículo 80; (b) por motivos de interés público en el sector de la salud pública conformemente al artículo 81; (c) para finalidades históricas, estadísticas y de investigación científica conformemente al artículo 83; (d) para cumplir con una obligación legal de conservación de datos personales prevista por el derecho de la Unión o del Estado miembro al que está sometido el responsable del tratamiento; el derecho del Estado miembro debe perseguir un objetivo de interés público, respetar el contenido esencial del derecho a la protección de los datos personales y estar proporcionado al objetivo legítimo; (e) en los casos previstos en el párrafo 4. 4. En lugar de proveer a la cancelación, el responsable del tratamiento limita el tratamiento de los datos personales: a) cuando el interesado pone en duda su exactitud, por el período necesario para hacer los controles necesarios; b) cuando, aunque ya no lo necesite para el ejercicio de sus deberes, los datos se deben guardar para finalidades probatorias; c) cuando el tratamiento es ilícito y el interesado se opone a su cancelación y pide que se limite su empleo; d) cuando el interesado pide transmitir los datos personales a otro

la conservación de los datos personales sea necesaria para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión relacionado con la actividad periodística, por motivos de interés público en el sector de la sanidad pública, para finalidades históricas, estadísticas, de investigación científica o para cumplir con una obligación legal de conservación de datos personales prevista por el derecho de la Unión. La posición jurídica trazada por el Tribunal de Justicia parecería incluso extraña a similares confines y remitida exclusivamente a la ‘representación de sí’ que, con el tiempo, el interesado quiera guardar en la memoria de la *web*.

A la luz de los principios enunciados por el Tribunal de Justicia, según lo dispuesto por el art. 17 del Reglamento europeo, parece trazarse un articulado panorama del ejercicio del derecho al olvido en la red. Antes que todo, existe una doble vía de tratamiento de los datos en la *web*: por un lado, hay sitios de origen cuyos administradores tienen la responsabilidad de interesarse por la actualización, la contextualización y, en algunos casos, la eliminación de los datos personales presentes; por otro lado, sin embargo, por lo que a los datos en cuestión se refiere, procedentes de los llamados sitios de origen, cuando están sometidos al proceso de recopilación, catalogación, indexación y memorización momentánea por parte de los buscadores, el tratamiento al que se les somete es diferente y autónomo, porque tiene diversas finalidades y modalidades de realización²⁴. Conformemente a las más recientes consideraciones sobre el derecho al olvido, el interesado tiene dos posibilidades frente a la obsolescencia de sus datos personales presentes online: puede pedir que se intervenga directamente sobre la sustancia de la información o solo sobre la localización de la misma²⁵.

sistema de tratamiento automatizado, conformemente al artículo 18, párrafo 2».

²⁴ En realidad, si el Garante de la protección de los datos personales italiano, ya en algunas ocasiones, había reconocido la autonomía del tratamiento desempeñado por los buscadores, subrayando la diversa eficacia en términos de difusión e incidencia que la percepción de los mismos produce sobre los usuarios (cfr. Garante protezione dati personali, 18 de enero de 2006, doc. *web* n. 1242501, en www.garanteprivacy.it), en cambio, el Supremo Tribunal hasta ahora ha privilegiado un acercamiento más cauto sobre el tema, confiando importancia exclusiva al perfil de responsabilidad del sitio de origen, desde el punto de vista de una posición no “activa” del buscador respecto del control y del conocimiento de los datos memorizados incluso momentáneamente (cfr. Cas. n. 5525/2012, cit.). La posición de la Corte de Casación italiana se fundamenta en la distinción entre archivo y memoria de la *web*. Sobre la base de similar repartición, puesto que solo se consideran archivos aquellos de los usuarios que acceden a la red y aquellos de los titulares de los sitios que representan la fuente de la información (los llamados sitios de origen), el buscador se degrada a mero intermediario telemático, que ofrece un sistema automático de hallazgo de datos e informaciones a través de palabras clave, pues una simple base de datos que indiza los textos en la red y ofrece a los usuarios un acceso para la relativa consulta. Por lo tanto, El Supremo Tribunal italiano no cree que haya una relación directa entre administrador del buscador y el interesado, ni se pone el problema de la posible desactivación de la indización del resultado de búsqueda (que, sin embargo, sigue siendo presente en la Red), sino que atribuye exclusiva y directamente al titular de la página de origen el deber de actualizar y contextualizar el dato (también para una eventual indización del buscador). Para más saber, véase S. Sica y V. D’Antonio, “La procedura di de-indicizzazione”, en *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 4-5, 2014, pp. 703-730, p. 724.

²⁵ Vedi F. Werro, “The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash”, en A. Colombi Ciacchi, C. Godt, P. Rott, L.J. Smith (eds.), *Liability in the Third Millennium*, F.R.G., Baden-Baden, 2009, pp. 294 y ss.

Es evidente que, en el primer caso, la instancia de actualización y contextualización de los datos y de las informaciones, precedentemente publicadas como noticias de crónica (o de otro tipo), se propondrá directamente al titular del sitio de origen; en cambio, en el segundo caso, datos e informaciones no variarán en la sustancia y la instancia se propondrá al buscador para que se limite a eliminar de sus listas de resultados páginas de origen inactuales.

Aunque el Tribunal de Justicia parece desvincular el derecho a la desindexación de los límites impuestos al derecho al olvido por el art. 17 del Reglamento europeo, el fundamento normativo de ambas posibilidades de intervención sobre sus propios datos personales sigue siendo el mismo y la desindexación representa el último resultado del ejercicio a la cancelación ejercido hacia aquellos particulares titulares del tratamiento que son los buscadores²⁶.

Sin embargo, lo que cambia no es solo el destinatario de la instancia (titular de la página de origen o del buscador) y el objeto de la misma (actualización del dato o desindexación del resultado de búsqueda), sino también la cualidad de los intereses balanceados: en el caso de la instancia que repercute en la sustancia de las informaciones, no parece posible identificar un interés contrario de la colectividad al conocimiento del dato obsoleto, sino que incluso hay una sustancial convergencia entre finalidad del interesado y finalidad del usuario que aspira a la integridad y corrección de los datos encontrados en la red; por lo contrario, en el caso de mera desindexación del resultado de búsqueda, por la incertidumbre de los confines que el Tribunal de Justicia destaca en esta prerrogativa, el derecho de cada usuario corre el riesgo de frustrar –además, sin un real contradictorio– aquel a la información de la colectividad²⁷.

V. PROTECCIÓN DE LOS DATOS Y DERECHO AL OLVIDO EN AMÉRICA LATINA

Antes que todo, cabe considerar que los países de América Latina tienen diferentes niveles de protección de datos personales, que responden a diferentes estrategias de reglamentación de la materia a causa de la variedad de los cuadros jurídicos de referencia. Según el manual sobre los *Data protection laws of the world* – DLA Piper, la mayoría de los países latinoamericanos tiene un nivel

²⁶ Sin embargo, cabe decir que el tratamiento por parte del editor de una página web, que consiste en la publicación de informaciones relativas a una persona física, podría eventualmente realizarse “*para finalidades periodísticas*” y así gozar –sobre la base del art. 85 del Reglamento europeo– de derogaciones a las prescripciones dictadas por esta, mientras no parece entrar en esta hipótesis el tratamiento hecho por el administrador de un buscador.

²⁷ Tal y como hemos podido observar (S. Sica, V. D'Antonio, *La procedura di de-indicizzazione*”, cit., p. 727), más que de aquel de actualización sustancial del dato presente en la página web, el procedimiento de eliminación de contenido debería estar caracterizado por la necesaria presencia de un sujeto, tal vez de matriz publicística (o parapublicística), que asegure el respeto de la libertad de acceso a las informaciones presentes en la web. Cfr. A. López-Tarruella, “The International Dimension of Google Activities: Private International Law and the Need of Legal Certainty”, en Id. (ed.), *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 329 y ss.

“moderado” de protección²⁸, como México, Costa Rica, Colombia, Perú, Chile y Uruguay. Por lo contrario, Honduras o Venezuela se consideran países con estructuras protectivas extremadamente limitadas. Solo Argentina, Chile y Brasil están discutiendo sobre la adopción de una ley general para la protección de los datos.

A la hora de crear una legislación nacional sobre la protección de datos, muchos países latinoamericanos se han inspirado en la directiva sobre la protección de datos de la Unión Europea, que reconoce el derecho a la cancelación de los datos.

Tras la cuestión *Google Spain*, los legisladores de las diferentes regiones han empezado a interesarse por el “derecho al olvido”, sobre todo en Brasil, Argentina y Colombia. Sin embargo, como ya hemos dicho, en esos países la discusión ha llevado a muchas interpretaciones del derecho a la exclusión de los resultados de los buscadores, considerando diferentes niveles de riesgo para los derechos humanos y definiendo diversamente el papel de los buscadores en materia de responsabilidad frente al tratamiento de los datos poseídos.

VI. ARGENTINA

En Argentina, algunos legisladores²⁹ han anunciado proyectos de ley que se interesan por la cuestión del derecho al olvido pero no desde el punto de vista de la protección de los datos, como en el caso europeo, sino más bien extendiendo el concepto de difamación.

Está claro que este acercamiento acabaría perjudicando significativamente el derecho a la libertad de expresión, reduciendo al máximo el derecho a ser informados y excluyendo inevitables consideraciones de interés público. Por otra parte, es conocida la posición del Tribunal de Justicia de la UE cuando aclara que las cuestiones de interés público, incluidas las informaciones sobre los personajes públicos, no deberían formar parte del derecho a la exclusión de los resultados de búsqueda.

Más allá de las tentativas escasamente logradas de legislación, también en Argentina, como en casi todos los demás casos, el derecho al olvido nace en los tribunales que, a lo largo de los años, han tenido que ocuparse de instancias dirigidas al reconocimiento de ese derecho.

En 2009, la cantante, actriz y modelo Virginia Da Cunha denunció a Google y Yahoo porque, al marcar su nombre en estos buscadores, los resultados remitían a sitios cuyos contenidos eran sexual y pornográficamente explícitos³⁰. La mujer pidió que la indemnizaran con casi \$42.000

²⁸ Cfr. <https://www.dlapiperdataprotection.com/#handbook/world-map-section/2>.

²⁹ Cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/anteproyecto-de-ley-de-proteccion-de-los-datos-personales>.

³⁰ Alegaba que la información entregada por estos buscadores no estaba autorizada por ella, y que, además, los resultados que mostraban los buscadores le estaban afectando su carrera como cantante, modelo, actriz de

dólares por los daños morales y materiales sufridos, al haber violado el derecho a la intimidad y a la reputación.

La modelo afirmó que los resultados de los buscadores, enlazados con sitios *web* pornográficos, no eran compatibles con sus convicciones personales y ni mucho menos con su actividad profesional³¹ que, de hecho, quedaba perjudicada por esa situación. La cuestión acabó con la afirmación de la responsabilidad de los buscadores y de la supremacía del derecho de las personas a controlar el uso de su imagen³² respecto de un general derecho de acceso a las informaciones.

Los recursos contra esa decisión fueron inmediatos y el caso se remitió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Así las cosas, el caso que, en primera instancia, favoreció a Da Cunha, luego fue rechazado por el más alto órgano judicial de aquel país que, siguiendo la decisión que ya había tomado por otra celebridad (Belén Rodríguez), prefirió darle la razón a Google, considerando el caso sustancialmente similar al anterior³³.

La Corte corroboró y fijó lo que, actualmente, es el principio guía en materia de derecho al olvido en Argentina³⁴, es decir, que los buscadores solo son “intermediarios” porque no modifican las informaciones que indexan, esto es, no son y no deberían cargar con la responsabilidad de lo que los terceros publican. La Corte ha observado que “de la imagen original y del texto original – añadidos a la página *web*– es responsable exclusivamente el propietario de este, único creador del contenido”. Ha añadido que es el propietario del sitio *web* donde se hallan las fotos “quien debería rendir cuentas del eventual uso inapropiado” de la página misma³⁵. Considerar a los buscadores responsables de los contenidos que han creado “significaría sancionar la biblioteca” por lo que

televisión, etc. Inclusive, agregó que por parte de Google y Yahoo había una violación a derechos de autor puesto que Google y Yahoo permitían que imágenes de ella podían ser descargadas por terceros que posteriormente reproducían, usaban o explotaban dicho material fotográfico sin su autorización. Id. (Resulta, I., párr. 1). Revés judicial para un ex Bandana que demanda a Google y Yahoo, Los Andes (13 de Agosto de 2010).

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*: <http://law.emory.edu/eilr/content/volume-27/issue-1/recent-developments/argentinas-right-to-be-forgotten.html>. Simari luego ha añadido que la imagen que la ley debería proteger es la imagen que se adapta a la imagen creada por su sujeto y ha afirmado que esta imagen podría cambiar con el paso del tiempo. Además, el juez ha afirmado que el hecho de que la profesión de un individuo exige la visualización pública de su propia imagen no autoriza a terceros a emplear de forma ilimitada esa imagen. Simari ha añadido que las fotos de Da Cunha aparecidas en los buscadores de Google y Yahoo, relacionadas con la pornografía, el tráfico sexual y la prostitución, representaban una violación del derecho de Da Cunha a controlar su propia imagen en el presente, cuando se opuso al mensaje que las fotos enlazadas enviarían. El juez ha llegado a la conclusión de que no ha habido perjuicios materiales, y ha mandado a Google y Yahoo que pagaran cada uno 50.000 pesos por perjuicios morales y que eliminaran las fotos de Da Cunha de los resultados de búsqueda relativos al sexo, al erotismo y a la pornografía.

³³ Comunicación emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). Fallo del 30 de diciembre de 2014 – Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL y otro/ daños y perjuicios.

³⁴ Ese principio ha sido aceptado por la Corte Constitucional Colombiana, es decir, la absoluta falta de responsabilidad en el tratamiento de los datos por parte de los simples intermediarios.

³⁵ CSJ 544/2010 (46-D) Recurso de hecho Da Cunha, Virginia el Yahoo de Argentina S.R.L. y otro sin daños y perjuicios. Se puede consultar en: https://eva.fing.edu.uy/pluginfile.php/99062/mod_resource/content/2/da-cunha-virginia-c.-yahoo-de-argentina-srl-y-otro-s.-danos-y-perjuicios.pdf.

contiene, ha afirmado la Corte. La directora de Asuntos Legales de Google para América Latina, María Baudino, ha elogiado esa decisión afirmando que “[...] el fallo establece criterios y principios fundamentales para evitar la censura y garantizar el acceso a la información en Internet”³⁶.

VII. BRASIL

Tal vez el caso brasileño sea el más interesante dentro de los latinoamericanos.

En efecto, frente a la problemática de solucionar cuestiones sobre el derecho al olvido³⁷, los tribunales brasileños han recurrido antes que todo a las normas ya existentes, es decir, el art. 5, apartado X³⁸ de la Constitución brasileña y el art. 21³⁹ del Código Civil brasileño, para luego medirse con la “Ley Cuadro sobre Derechos de Acceso a Internet” –*Marco Civil da Internet* (Ley n. 12.965, del 23 de abril de 2014). Es una ley que garantiza los derechos y establece los principios para el empleo de internet, y con la cual –como una especie de “Constitución digital”– se ha intentado dar una organización bien planeada a toda la materia, incluyendo también, en el art. 7, apartado X3, el derecho de cancelación de datos personales.

Esta ley garantiza algunos derechos fundamentales para los que emplean internet (arts. 7 y 8), la neutralidad de la red (art. 9), la protección de los registros de conexión (arts. 10-17), la responsabilidad de los proveedores (arts. 18-21), el acceso judicial a estos registros (art. 22), la puesta en práctica del poder público (arts. 24-28), y disposiciones finales⁴⁰. Además, también se le conoce para ser un micro estatuto sobre la protección de los datos personales, porque ha fijado las

³⁶ Cfr. http://www.larazon.com.ar/actualidad/Corte-buscadores-responsables- contenidos_0_619200145.html.

³⁷ Cfr. el caso “*Aida Curi*”. El 28 de mayo de 2013, el Tribunal Superior de Justicia brasileño (*Superior Tribunal de Justiça*) decidió bloquear un programa televisivo basándose en el derecho al olvido (REsp n. 1.335.153-RJ18). El programa se ocupaba de la muerte de Aida Curi, una brasileña matada violentamente en 1958. En el programa *Linea Direta* fueron empleadas imágenes de la mujer sin que la familia hubiera autorizado su empleo. Luego la familia, que ya había sufrido por su muerte, pedía ser indemnizada por daños morales y materiales, porque la emisora había empleado la imagen de Aida Curi sin autorización previa. El juez de la ciudad de Río de Janeiro decidía la inadmisibilidad del caso, y esto fue confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro. Por lo contrario, el *Superior Tribunal de Justiça* brasileño (STJ) aceptó la indemnización porque la familia tenía el derecho al olvido. Además, el Tribunal parangonó ese derecho con el derecho del condenado a olvidar, a no ser recordado por el crimen cometido. En este caso, se dio un conflicto entre el derecho a la información al público y el derecho a la intimidad de la familia de la víctima, considerándolo más importante, porque ese documental no ofrecía ninguna ventaja al público acerca de los detalles del homicidio de Aida Curi. Disponible en:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013>

³⁸ “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³⁹ “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

⁴⁰ Cabe subrayar que esta ley reafirma los derechos fundamentales, ya garantizados en la Constitución brasileña, por ejemplo el derecho a la libertad de expresión (art. 5, apartado IV de la Const. brasileña, y el art. 3, apartado I de la Ley Cuadro de los Derechos sobre Internet), el derecho a la intimidad (art. 5, apartado X de la Const. brasileña y el art. 3, apartado II de la Ley Cuadro de los Derechos sobre Internet), etc.

reglas para la recopilación, el desplazamiento y el empleo de los datos personales⁴¹.

Parecería la que la doctrina⁴² ha llamado “Constitución Informativa”, o bien *Information Bill of Rights*, pues una expresión empleada para indicar el conjunto de aquellos derechos dirigidos a buscar, recibir y distribuir informaciones y el control de sus propias informaciones, es decir, el derecho a la autodeterminación informacional y el derecho a la “privacidad informática”.

A esta altura, no podemos sino criticar este sistema de protección de datos, al que de todas formas cabe reconocer el “esfuerzo” de haber querido ordenar la materia.

Antes que todo lo criticamos porque, a pesar de haber creado una ley *ad hoc* para la protección de los datos personales, concretamente es necesario convertirla en más eficaz. La eficacia de los derechos fundamentales en internet es compleja, tanto por la velocidad de este tipo de medios, como por el desplazamiento transfronterizo de los datos personales. Tradicionalmente, para el ordenamiento brasileño, la protección privada de los derechos fundamentales se logra con la reparación de los daños morales y/o materiales y la tutela inhibitoria, según el art. 126 del Código Civil Brasileño⁴³, pero de hecho es imposible asegurar la tutela inhibitoria cuando se habla de *web*. También criticamos este sistema por la concreta aplicación del derecho al olvido. Aunque previsto por el art. 7 del *Marco Civil Da Internet*, los tribunales brasileños aún no han logrado decidir unívocamente sobre la cuestión, y todas las veces deciden qué derecho hacer prevalecer. Esto ocurre porque el derecho al olvido, tal y como se codifica en el *Marco Civil da Internet*⁴⁴, se entiende como la posibilidad del titular del dato de solicitar una exclusión definitiva de las informaciones que lo atañen por haber suspendido la relación contractual, dejando de lado todas las infinitas cuestiones enlazadas con la necesidad del individuo de ver borrada una información que lo concierne, a pesar de no tener ninguna relación contractual con el buscador.

La esencia del derecho al olvido es dinámica, y así debe ser porque exige un análisis casuístico para el que se toman en consideración los derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y a la identidad, y el derecho a la información. En este momento, en Brasil, hay mucho interés por las

⁴¹ C.R. Pereira de Lima, B.R. Bioni, “A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a Partir da Human Computer Interaction e da Privacy by Default”, en N. De Lucca, A. Simão Filho, C.R. Pereira de Lima, *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*, Tomos I e II, Quartier Latin, São Paulo, 2014, pp. 263- 290.

⁴² S. Rodotà, “Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive”, en *Politica del Diritto*, año XXII, n.1, Il Mulino, Boloña, pp. 521-546, p. 525.

⁴³ O. Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, Río de Janeiro, 2001, pp. 150-151. Véase también D. Gogliano, *Direitos Privados da Personalidade*, Tesis de Maestría de la Universidad de San Pablo, Facultad de Derecho, 1982.

⁴⁴ Art. 7 - VII – “*não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei*”, en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm.

futuras decisiones del Supremo Tribunal Federal, el cual podría obligar a los demás tribunales brasileños al derecho al olvido. Las mayores preocupaciones en doctrina tienen que ver con la historia de abusos de la libertad de expresión y el acceso a las informaciones, que es una de las críticas principales a Brasil y a las autoridades públicas, a nivel internacional, sobre el difundido uso de pleitos por difamación para echar tierra a la oposición.

Las organizaciones brasileñas que se ocupan de derechos humanos han afirmado también que si el derecho a la desindexación va a aumentar en Brasil, o va a ser aplicado de forma errónea, solo producirá abusos y violaciones del derecho a la libertad de expresión⁴⁵.

VIII. COLOMBIA

En cambio, en el caso de Colombia, el debate sobre el olvido ha empezado gracias a un fallo de la Corte Constitucional de 2015⁴⁶, que ha permitido a la recurrente que se cancelara un artículo periodístico de los resultados de búsqueda relacionados con su nombre. El artículo describía la supuesta implicación de la interesada en actividades criminales⁴⁷.

Antes que todo, cabe subrayar que la Corte Constitucional colombiana es particularmente activa y que a menudo ha tenido que tomar decisiones sobre cuestiones que atañían a los derechos del individuo y de la personalidad⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. <https://www.opendemocracy.net/democraciaabierta/piers-purdy/civil-society-under-attack-in-latin-america>.

⁴⁶ Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>.

⁴⁷ En agosto del año 2000, fue publicado en el diario “El Tiempo” el titular “Empresa de Trata de Blancas”, un artículo en el que, soportado con información entregada por la Fiscalía, narra la detención de más de una decena de ciudadanos. Allí aparecía el nombre de una persona quien posteriormente interpuso una acción de tutela en contra de la mencionada casa editorial por considerar violados sus derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad, el debido proceso, de petición y al trabajo. A Gloria en esa nota (que lógicamente fue indexada por Google) se le relacionaba como partícipe de hechos delictivos sobre los cuales nunca fue declarada culpable. Tal registro negativo, alegaba Gloria, generaba traumatismos a ella y a su familia para desarrollar actividades en su vida diaria, como la realización de trámites ante entidades financieras o la búsqueda de un empleo. El Tiempo se opuso, argumentando que la accionante no había aportado pruebas para controvertir la información publicada y que por lo tanto no se podía desvirtuar que los hechos allí narrados no correspondieran a la realidad. Por lo tanto, el medio de comunicación ratificó la veracidad de la información publicada. Finalmente, argumentó una ausencia de legitimación por pasiva, puesto que El Tiempo no tenía control sobre los motores de búsqueda en línea y por lo tanto no le asistía eliminar el enlace a la noticia que indexaba Google.

⁴⁸ En el caso específico, en primera instancia, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali consideró improcedente ordenar que se eliminara la información, pero estimó que sí se debería rectificar lo ocurrido pues el medio de comunicación no se opuso a lo argumentado por la demandante en el sentido de no haber sido vencida en juicio. Hasta aquí, la decisión judicial tutelaba el derecho a la honra y al buen nombre sin eliminación de información. Gloria no quedó contenta con la decisión. La noticia con su nombre seguía publicada. Con el propósito de buscar una eliminación definitiva, impugnó el fallo de primera instancia. El Tribunal Superior de Cali profirió sentencia, adicionando el fallo de tutela de primera instancia y le ordenó a “El Tiempo” eliminar de su página web toda información negativa relacionada en contra de Gloria por el delito de trata de personas. Consideró el Tribunal que, si bien al medio de comunicación le asiste el derecho a la libertad de expresión, este no es absoluto, pues encuentra como límites los derechos de otros ciudadanos. De la misma manera estimó que, si bien la noticia publicada por la Casa Editorial El Tiempo no era falsa, solo se refería al hecho de la captura de la accionante, mas no a lo

La Corte ha establecido que un individuo tiene el deber de pedir que determinados enlaces a páginas *web* que contienen informaciones obsoletas relativas al sujeto interesado se eliminen de los resultados de búsqueda. La Corte analizó la relación directa entre el derecho a la honra y el buen nombre. También conceptualizó sobre los derechos a la libertad de expresión e información, usando como referencia el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”⁴⁹. Respecto al goce del derecho a la libertad de expresión en Internet, la Corte consideró relevante dos elementos contenidos en la Declaración: en primer lugar, el principio de la neutralidad de la red⁵⁰ y, en segundo lugar, la responsabilidad de los intermediarios de Internet.

Oponiéndose a la decisión de Google España en la UE y de forma totalmente nueva respecto de la experiencia europea, la Corte ha impuesto la obligación de desindexar las páginas registradas a nombre del editor originario, en este caso el periódico online, en lugar de los buscadores. A *El Tiempo* fue ordenado que utilizara medidas técnicas, como el fichero robots.txt, para garantizar que las páginas objeto del contencioso no fueran indexadas por los buscadores. Además, la Corte ha ordenado al periódico que actualizara el artículo inicial para aclarar la situación del solicitante respecto de las acusaciones criminales debatidas. En particular, en Colombia, al buscador se le exime de desindexar la página o incluso de intervenir en la cuestión. El único “controlador de datos” de interés es el sitio de origen. El buscador se considera un simple intermediario que merece ser protegido sobre la base de los principios de la libertad de expresión. Está claro que la novedad es esta, es decir, no reconocer una responsabilidad en el tratamiento de los datos a los buscadores que, en cambio, en la doctrina y en la jurisprudencia dominante resultan ser los responsables directos de los datos que “tratan”.

Respecto de la responsabilidad que cabe a los intermediarios de Internet como Google, la Corte cita un apartado de la Declaración donde se señala que: “[n]inguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la

acontecido en el juicio, donde no fue vencida. También expresó que adicionar dicha información a la publicación no satisfaría los derechos de la tutelante, por lo que ordenó su eliminación. La tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional.

⁴⁹ Adoptada por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre la Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁵⁰ El principio de neutralidad busca evitar situaciones de bloqueo, interferencia o filtración en un entorno como internet, pero teniendo en cuenta ciertas excepciones: cuando sea necesario para mantener la seguridad y funcionamiento de internet, se busque evitar transferencia de datos no queridos por el usuario y/o para lidiar con problemas de congestión a internet.

memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (“principio de mera transmisión”).

La Corte acogió la anterior disposición, en la cual se establece cierta inmunidad para los intermediarios de Internet, de tal forma que no se les haga responsables por los contenidos y actividades que los usuarios del sistema desarrollan. Para la Corte, atribuir responsabilidad a quienes prestan estos servicios, por lo general actores privados, podría afectar la neutralidad de Internet y sus principios de no discriminación y acceso en condiciones de igualdad, al convertir a los intermediarios en censores que controlarían el contenido y tipo de información que comparten los usuarios.

CONCLUSIONES

El derecho al olvido ha nacido y se ha propuesto como posición jurídica dirigida a la plena realización del individuo en su dimensión identitaria, considerada en términos no estáticos, sino evolutivos. El tiempo y la volubilidad de la identidad de la persona han puesto esta posición jurídica dentro de los derechos de la personalidad⁵¹.

Y eso que la reconstrucción de lo que está ocurriendo en las diferentes experiencias latinoamericanas a la hora de encontrar un *point of balance* respecto de las problemáticas que el derecho al olvido implica en Europa indica como una lectura eurocéntrica del problema acaba presentándose carente y asfíctica.

No hay duda de que, en toda la concreción de los perfiles del derecho al olvido, la relación entre tiempo e identidad sigue siendo el rasgo constante, representado tanto en términos tradicionales (como prohibición de republicación del hecho ya no actual), como –frente a las nuevas dinámicas cognoscitivas impuestas por la red– entendido como derecho a la actualización de la información o a la desindexación de un resultado de búsqueda⁵².

Sin embargo, cabe decir que esta figura, si se entiende como mero derecho de cancelación del dato y de interrupción del tratamiento, se revela útil a la tutela de un específico bien jurídico, es decir, los datos personales; pero si se entiende en términos de prohibición de republicación, de derecho

⁵¹ Sobre el tema, cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milán, 2006, pp. 36 y ss. Cfr. también B. Van Der Sloot, F.J. Zuiderveen Borgesius, “Google and Personal Data Protection”, en A. Lopez-Tarruella (ed.), *Google and the Law*, cit., pp. 75 y ss.

⁵² Cfr. T.E. Frosini, “Il diritto all’oblio e la libertà informatica”, en F. Pizzetti (ed.), *Il caso del diritto all’oblio*, cit., pp. 94 y ss., además de G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all’oblio*, cit., pp. 391 y ss.

a la actualización de una información o también como derecho a la desindexación, en los tres casos el bien jurídico tutelado es aquel de la identidad personal⁵³.

Sin embargo, esta concepción del derecho al olvido, aceptada y sostenida en los países occidentales, se desarrolla difícilmente en los latinoamericanos, donde aparece no plenamente coherente una dinámica de reconstrucción de las posiciones jurídicas desequilibrada basada en un derecho que concierne sola y exclusivamente al individuo y la idea que el mismo quiere ofrecer de sí, como si no viviera en una sociedad y en un tiempo que no pertenecen exclusivamente al sujeto.

En efecto, si se observa desde un punto de vista más amplio, no se puede negar que la desindexación de los enlaces que llevan a cualquier información sobre un individuo influya profundamente en la “memoria colectiva”. Los grandes buscadores desempeñan un papel importante para la construcción de aquel recuerdo, porque es indudable que la manera como indexan los datos que poseen determina la percepción que una colectividad tiene de sí misma, esto es, de su misma memoria histórica.

Asimetría de las informaciones (si una información se desindexa en un país que pertenece a la Unión Europea se puede hallar fácilmente en otra parte del mundo)⁵⁴, desigualdad (por un lado, él que ya conoce la información y que fácilmente puede encontrarla en la *web*; por otro lado, él que no la conoce y que, de hecho, nunca podrá enterarse de esta) y censura privada (los particulares tienen el poder de decidir sobre las instancias de desindexación) son los elementos que caracterizan al fallo *Google Spain* y que más chocan con las decisiones de los ordenamientos latinoamericanos, incluso representan los perfiles alrededor de los cuales las experiencias suramericanas han trabajado para acoger y/o definir la figura.

Además, existe otra dimensión del problema que no puede desatenderse, es decir, que la misma expresión “*derecho al olvido*” es completamente discordante respecto del debate sobre los derechos humanos en América Latina. Si pensamos en que toda la región ha sido caracterizada por décadas de dictaduras y por un sinnúmero de violaciones de los derechos humanos es difícil aceptar –

⁵³ Cfr. G. Resta, “Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato”, en *Dir. inf.*, 2014, pp. 171 y ss. Sobre el tema, cfr. también D. Drummond, *We need to talk about the right to be forgotten*, *The Guardian*, 10 de julio de 2014, y J. Rosen, “The Right to be Forgotten”, en *Stan. L. Rev. Online*, 88, p. 92.

⁵⁴ Cfr. la reciente e innovadora disposición del Garante de la Protección de los Datos Personale Italiano – n. 557 del 21 de diciembre de 2017– que, acogiendo el recurso presentado ante el Garante el 4 de agosto de 2017 contra Google, con el cual el recurrente, corroborando las instancias ya avanzadas sobre la base de los arts. 7 y 8 del d.lgs. del 30 de junio de 2003, n. 196, Código en materia de protección de los datos personales, pedía la eliminación de la lista de los resultados europeos y extraeuropeos del buscador administrado por la otra parte obtenidos al marcar su nombre y apellido, ordenó a Google que “*eliminará dentro de veinte días de la recepción de la presente disposición, los URL aún desindexados de los contenidos obtenidos marcando el nombre y el apellido de recurrente, tanto en las versiones europeas como extraeuropeas, ampliando esa actividad también a los URL ya desindexados en las versiones europeas de Google*”, en <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7465315>.

aunque solo lingüísticamente— el empleo de un término *tranchant* como “*olvido*”, en la medida en que este indica una especie de neto e inmediato corte con el cercano pasado del individuo, incluso en términos de derresponsabilización del mismo respecto de su historia individual.

Hoy día, el debate –doctrinal y no doctrinal– acerca del reconocimiento y la reparación de los crímenes de Estado se basa completamente en el reconocimiento de un derecho social a la verdad y a la memoria, allí donde verdad y memoria se consideran piedras angulares del debate. En este contexto cultural, la terminología conceptual y aplicativa que acompaña el “derecho al olvido” en Europa, con la elasticidad de contenidos que fisiológicamente la caracteriza, acaba percibiéndose muchas veces como verdadera “ofensa” hacia la historia de las poblaciones latinoamericanas y sus víctimas.

De todos modos, además de los problemas terminológicos, cuando se transpone la figura, fortaleciendo los vínculos teóricos de similar derecho, valorizando más la importancia histórica de la información o el interés social de la misma, el “derecho al olvido” pone problemas aplicativos importantes.

Tal vez el criterio de la historicidad sea el más relevante respecto de la concelación o no concelación de una información, aunque es el concepto más difícil a definir. En los ordenamientos latinoamericanos es importante decir que la evaluación de la historicidad o no historicidad de un hecho siempre es el resultado de una construcción intelectual y cultural del tiempo, que procede de la discusión pública, del debate y de la participación de académicos, periodistas y testigos. Por lo tanto, se puede suponer que ningún individuo o grupo de individuos posee la plena autoridad para determinar la existencia de una huella histórica que prohíbe el ejercicio del derecho al olvido; por consiguiente, se da el riesgo concreto de que, por medio de una “leve” descalificación respecto de la naturaleza históricamente relevante de un determinado hecho, informaciones preciosas para la comunidad se pierdan permanente e irreversiblemente.

Por lo tanto, al ser difícil definir de forma absoluta y abstracta lo que tiene relevancia histórica y lo que no, a no ser que pase algún tiempo, se necesitaría teóricamente de un debate que incluya a todos lo que puedan estar interesados por diferentes motivos (también *de futuro*) a preservar estos hechos históricos, porque esa evaluación no se puede dejar a la discreción de la autoridad del momento o, peor aún, a un particular, en detrimento de la violación de los derechos colectivos.

Teóricamente, la solución se podría hallar en mecanismos de diálogo colectivo para la gestión de las informaciones por parte de las personas implicadas: aumentar la posibilidad del “contradictorio” proporcionando a todos la posibilidad de expresar su opinión sobre aquel hecho histórico. Sin embargo, esta es una respuesta objetivamente utópica, puesto que, desde siempre, historia, memoria e información han sido caracterizadas por relaciones de fuerza y afirmaciones

desiguales.

ECO-TECHNE: LAW, LEGAL CATEGORIES,
 AND WHAT TO MAKE OF THIS WORLD
 IN WHICH WE ARE LIVING*

Anastaziya Tataryn¹

Protectionist migration discourses and limited employment protection manifest a belief that community, nationhood and citizenship need to be contained and maintained. This article considers firstly what is prohibiting, or obstructing, openness to categories of migrants and work by focusing on the tenacity of the nation-state. Drawing on feminist labour law and ecology scholarship, I then explore what exceeds being technologised into ‘nation’ or ‘community’ to open onto an anarchic onto-epistemology, as creative presence. The article provides a glimpse into a larger project that explores thinking of the limits of law and legal categories, in particular labour migration in the United Kingdom (UK), as ecotechnical. Ecotechnics refers to the circulation of techne, technologies, of capital, of law, of intelligibility, that circulate at the same time as we are existing in eco-: the sense that sustains and maintains being in the world. To diagnose the world as ecotechnical is to say that everything, everyone, every being, moves as techne (overwhelmingly experienced as capital) and eco. Focusing on the nexus of ideas of law, ecotechnics – in particular in labour, migration, as well as what it means to be in the world, as ostensibly ‘global’ – presents a challenge to the fallacy of the nation as a place of belonging. Ecotechnics illuminates an underlying facet of law, which is the very coming together of beings to form a sociality and a limit.

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION

I. THE NATION-STATE AND LAW

II. ECO-NOMOS DEFAMILIARISED

TERMS OF LAW AND TOGETHERNESS

IV. CONCLUSION

INTRODUCTION

Migration discourses, immigration laws and labour/employment laws emerge from specific onto-epistemological foundations. In the United Kingdom in particular, modern law and legal categories have emerged from a European, liberal, ego-logical conceptualisation of being and knowledge,

* The author has been invited by the Editorial Board of the Comparative Law Review to publish this article.

¹ Assistant Professor, Department of Sociology and Legal Studies, St. Jerome’s University, University of Waterloo, Canada.

such that these laws and categories seem normal, if not natural.² This article provides a look into a larger monograph project that explores thinking of law and legal categories, in particular labour migration, as ecotechnical. Ecotechnics is a term drawn from the work of Jean-Luc Nancy, here taken to diagnose what lies underneath the particular impasse, or grey area, within the movement and labour of persons across and within territorial borders. Ecotechnics deconstructs discourses and categories of migration and labour to open onto the simultaneous circulation of capital and sense within ‘irregular’ migration and precarious labour. That ‘the world is ecotechnical’³ suggests that the *techne*, technologisation and technique, of the world is only possible because of that which exceeds it: *eco*, our dwelling, our sense of being, of home. Ecotechnics refers to the circulation of *techne*, technologies, of capital, of law, of intelligibility, that circulate at the same time as we are existing in *eco*—the sense that sustains and maintains being in the world. To diagnose the world as ecotechnical is to say that everything, everyone, every being, moves as *techne* (overwhelmingly experienced as capital) and *eco*—this is how we create, how we live and how we give meaning to our reality. This does not mean that ‘eco’ is completely technologised, but neither is it separate from the circulation of technologies, capital progress and accumulation, that concretise sense of being into normative categories. As such, the migrant, a person crossing territorial borders, is not external to sociality, nor to the nation-state; the precarious labourer, lacking definitive employment status or security in work, is not external to employment law, nor to work and the labour market; law, as an aspiration, as rules and order, is not external to capital, power, nor the pursuit of justice within a sociality. All of this is our world, and our world is ecotechnical.

In this diagnosis, the modern legal system, extending beyond particular jurisdictions towards an ostensible international ‘globality’, is immediately recognised as embedded in the nation-state and vice versa. While modern law privileges the rational, autonomous individual (for instance, as a contracting party), the nation-state defines and enables legal subjectivity. Neoliberalism and processes of neoliberalisation⁴, moreover, enforce a particular co-dependence of the nation-state and the globalised economic market, a system supported and facilitated by the modern legal system. This system ostensibly provides us, beings, with identity and our participation is valued through economic productivity (output/labour) and consumerism/consumption. Yet the

²S. Marks, ‘False Contingency’ in 62 *Current Legal Problems* 1 (2009) 1-21; E. Dussel, ‘Anti-Cartesian Meditations: On the Origin of the Philosophical Anti-Discourse of Modernity’ 13 *Journal for Culture and Religious Theory* 1 (2014) 11-52.

³J.-L. Nancy and A. Barrau, *What’s these worlds coming to?* Fordham University Press 2014.

⁴J. Peck, ‘Explaining (with) Neoliberalism’ 1 *Territory, Politics, Governance* 2 (2013) 132-157.

categories and constructs bolstering the nation-state and law towards the function of a neoliberal economic system prevent us from thinking of what we already have in, and as, originary sociality.

Originary sociality⁵ is what is happening in, around, because of and in spite of, predetermined categories. Originary sociality is law creating, as the elemental manifestation of being singular plural. Our being is singular plural.⁶ What this means is that we are singular beings in this world only because of and in a plural. In other words, we only ever know ourselves ('I' know 'myself') through the plurality of other singularities. And the plurality of other singularities is not limited to human or animal singularities, but all things. Being singular plural, therefore, identifies being in the world—which is the world *happening*—as the plurality of beings that know their own singularity only because the world exists, *we exist*, in a plurality. Originary sociality is the coming together of beings and it is originary because in every instance of a difference between the singular and the plural (i.e. another singular), the sociality that happens is original; potentially unique each time. The limit of each sociality, moreover, is original to that sociality because it—the coming together of that singular plural—is an originary response to the singular plural. This limit is the need for and the existence of law.

Now, within the term *ecotechnics*, *eco* refers to that which escapes signification; it is the *sense* that circulates as the possibility of sociality. This *eco* is difficult to pin down, and perhaps consequently, receives less attention than *techne*. Of course, it is difficult to discuss 'that which escapes signification'. Nevertheless, chiselling away the constructed-ness of categories founded in modern ego-logics⁷ and the neoliberalised nation-state (ostensibly existing in a 'global' market that prescribes value according to capital gain), we open onto *ecotechnics*. Giving weight to *eco* (as in what is our *oikos*: dwelling, ecology), we conceptually depart from the primacy of and obsession with the market economy, ostensibly global and embedded in the nation-state. Paying attention to *eco*, not at the expense of *techne*, reveals a revived, pluriversal (rather than universal) onto-epistemology. Through this *eco*-lens, society, being (working, moving, coming together as singular plural beings), and thus, economy and/as ecology, can be, must be, conceptualised differently.

Thinking of *eco* leads us to question, what is our dwelling, our existence, in plurality? Not in the metaphysical sense, but rather, what is the ecology of our ecotechnical world? This question leads

⁵ J-L. Nancy, *The Inoperative Community*, trans., by Peter Connor ed University of Minnesota Press, 1991, 28.

⁶ J-L. Nancy, *Being Singular Plural*, trans., by Robert Richardson and Anne O'Byrne, Stanford University Press, 2000.

⁷ W. Mignolo, 'Delinking' 21 *Cultural Studies* 2 (2007) 449 – 514.

us to think, critique and analyse, the nation-state and its modern legal systems not as an institutional regime, but as a form laying claim to home and to a sense of being together. This sense has been technologised as belonging in a nation-state, reinforced through structures and systems of borders and citizenship. Home, deconstructed, brings us to consider what it is that we have in common: indeed, to ‘our’ ecology. The foremost political, economic and social challenges of our present era are the ‘crises’ of labour and migration, but increasingly also ecology and the climate. While it may at first seem tenuous to connect the ecotechnics of labour migration with ecology, if our world is ecotechnical, and our world — as people labouring and moving — is rethought from the very basis of our being singular plural as *eco*, then our world (labour, migration, law included) is our ecology.

Originary sociality does not refer to a chronological ‘origin’ or an original togetherness that can be found in the traditions of a nation. Instead, originary sociality is what is *happening*: the coming together of our bodies as bodies that function, work, create, and reproduce. Law-as-wedded to the nation-state is not a law that responds to sociality since the nation-state is a fallacy built on an attempt to make a foundation for being and identity when no ground exists. Existence, as that which exceeds signification in *techne*, is precisely un-grounded. Therefore, the law-as-wedded to the nation-state could even be considered not as law, but an ideologically specific system of order and control. Or, if considered as law, this law is then only one possibility for law’s existence, among many.

Such a critical perspective on law is not unique. Legal pluralism as well as deeper, creative critical questions exploring law’s multiplicity and pervasiveness have constituted a subfield in critical legal theory and socio-legal studies.⁸ While the dominant interpretation of law within classical Anglo-American-European jurisprudence is that law is a system of rules, embedded in the nation-state, the critique of law as quasi-theological⁹, plural and social¹⁰, or atmospheric¹¹ continues to challenge traditional jurisprudential thought. Joining authors who push their legal critique to shift onto-epistemological paradigms of thought by engaging interdisciplinary and embodied thought, I remain cautious of what has now become a mainstream ‘critical analyses of law’ and proposals of legal alternatives.¹² Critical analyses of law that ultimately stay within ‘the law’ as a thing, a form to

⁸ See M. Davies, *Law Unlimited*, Routledge, 2017; A. Philippopoulos-Mihalopoulos, *Spatial Justice: Body, Landscape, Atmosphere*, Routledge, 2014.

⁹ P. Fitzpatrick, *Law as Resistance: Modernism, Imperialism, Legalism*, Ashgate, 2008.

¹⁰ E. Darian-Smith, *Laws and Societies in Global Contexts: Contemporary Approaches*, Cambridge University Press, 2013.

¹¹ A. Philippopoulos-Mihalopoulos, 2014.

¹² As opposed to alternative legal thinking, see B. de Sousa Santos, *Epistemologies of the South: Justice against Epistemicide*, Paradigm Publishers, 2014.

be attained or achieved *better*, reaffirm a persistent belief in law's potential and ability to provide resolution: to provide a ground. Especially in migration scholarship that imagines citizenship beyond the nation-state, in other words a world without borders, alternatives intended to transform the international 'global' space and its relationship to migration and labour deemed irregular, can nevertheless reinforce law as a thing that will ultimately 'save' 'us'. As opposed to law being a limit of an originary sociality, manifest within the ecotechnics of being in the world.

This article therefore considers what is prohibiting, or obstructing, openness to *eco*. I do this by interrogating the tenacity of the nation-state as an ideology and as an imagined foundation. My drawing attention to 'eco' is not to deny the technologisation that happens. Existing debates can, however, circulate within the *techne* at the expense of giving attention to the potentiality within the sense of how we dwell (*eco*). Hereafter *eco* is given weight (not form) by being thought of as an openness to originary sociality, a sociality of being singular plural that precedes determination and signification. Focusing on the nexus of ideas of law, ecotechnics (labour, migration, as well as what it means to be in the world, as ostensibly 'global') presents a challenge to the fallacy of the nation as a place of belonging. Protectionist migration discourses and limited employment protection manifest a belief that community, nationhood and citizenship need to be contained and maintained against scarcity.¹³ The fear of losing a sense of national identity bolsters normative laws that configure the autonomous, economically active individual as the key constituent of the state. This ultimately encourages the social, political and legal exclusion of those rendered less desirable or less valuable; that is, expendable.

The ecotechnics of migration and labour reveal the circulation of predetermined categories that facilitate capital accumulation built on the differentiation of 'Good' citizens versus 'Failed' or 'not-quite' citizens.¹⁴ Simultaneously globalisation claims totalising identities under the pretence of shared being. Yet this supposed shared being in a 'global' or 'cosmopolitan' conceptualisation has no ground but for a return to, or reaffirmation of, the nation-state. Meanwhile, beings relate as singular plural in excess of all such categories/titles. The *eco* of being, the circulation of sense as the world creating itself, continues no matter what distinctions and exclusions are enforced through terminology.

¹³ see A. Tataryn, *Law, Migration and Precarious Labour: Ecotechnics of the Social*, Routledge, summer 2020; A. Tataryn, 'Reconceptualising Labor Law in an Era of Migration and Precarity' *Law Culture and the Humanities* [Online First] 2016 <https://doi.org/10.1177/1743872116683381>

¹⁴ B. Anderson, *Us & Them: The Dangerous Politics of Immigration Control*, Cambridge University Press, 2013.

The first section of this chapter will look at the nation-state, nationalism and the idea of law. The next section discusses the idea of home as an aspiration of the nation. Following onto the third section, which continues the deconstruction of this aspiration by re-visiting the idea of community or common in sociality, drawing on feminist labour law and ecology scholarship to explore what exceeds being technologised into ‘nation’ or ‘community’. Through rethinking, constant questioning, we open onto an anarchic onto-epistemology, a creative presence, responsive to the singular plural, where singularities are not limited to human, animal or even living beings, but everything that circulates in our ecology that creates world.

I. THE NATION-STATE AND LAW

The current actions of migration and labour, of people moving across territorial borders and the widespread precarisation of work, unravels the mythologies of a contained nation-state and secure nationhood. In the European Union, European nationalist parties (ironically) share a common goal of protectionism by being ‘anti-immigrant’, manifest as ‘ethnonationalist xenophobia’.¹⁵ The irony of their shared attempts at distinctiveness suggest that they seek consensus within a European nation-state system while explicitly being anti-Union. Leading European right-wing nationalist political parties include: Le Front National - France; UKIP - UK; Lega Nord - Italy; Fidesz-Christian Democratic Party - Hungary; Vox - Spain; Freedom Party of Austria; Law and Justice – Poland; Progress Party – Norway. Reinforcing ethnonationalist identities, as opposed to civic nationalism¹⁶, these parties together rally against a ‘migrant’ threat. More particularly, they protest the spectre of Islam ostensibly challenging an archaic idea of pure European Christianity, otherwise assumed to be pure Europeanness.¹⁷ But what are these political parties, and the movements supporting them, protecting? Nationalist protectionism in the 21st century does not secure a country’s economic success and growth: migrant labour is vital for ‘domestic’ economies to thrive in the 21st century globalised financial economic system. Rhetorically boasting of restoring an authentic, ethnic community in the face of resented institutional (liberal, bureaucratic, secular) elitism, European nationalist political parties’ champion nostalgic myths of ethnicity and illusions of racial and religious homogeneity.¹⁸ Yet the European project itself, as currently manifest in the European Union, builds upon historically intertwined nationalities and diverse, intermixed, peoples on the territory of Europe. Thus, the perceived

¹⁵ J. Rydgren ed., *The Oxford Handbook of the Radical Right*, Oxford University Press, 2018, 2.

¹⁶ T. Bar-On in J. Rydgren 2018, 22.

¹⁷ A. Kallis in J. Rydgren 2018, 44.

¹⁸ P. Gilroy, ‘Agonistic Belonging: The Banality of Good, the “Alt Right” and the Need for Sympathy’ 3 *Open Cultural Studies* 1 (2019), 1-14; J. Rydgren 2018, 1.

current crisis facing European countries—international migration threatening national integrity, including job security—can only garner incongruent responses.¹⁹ The rallying of nationalist fervour is furthermore troubling where nationalist parties simultaneously cut social services and state support by waging war on bureaucracy (‘political establishment’) and the institutional, liberal democratic process, with a disregard for both citizen and non-citizen populations.²⁰

The emotionally charged political performances proclaiming national identity consequently reaffirm the only ‘ground’ epistemically available: the nation. The fallacy of the nation as a site of a ‘common’ to be reinforced against ‘migrants’ emboldens political actors and their supporters to oppose persons considered ‘irregular’ or foreign. The emotion that fuels the idea of distinct nationhood springs from a need that is more intrinsic than the desire for a homogeneous community. This passion interwoven with anti-globalisation sentiment harkens back to a mythical, pure state of being through genuine (ethnic, origin-based) belonging. Meanwhile, the 21st century nation-state is a cyclical ideology that promises such belonging while demanding fragmentation, individualism and atomised identity to pursue the accumulation of capital for the sake of the nation, even though capital exceeds the nation.²¹ Within this complex system, the nation-state ideal, offered as the normal, natural and solitary possibility, fictitiously binds beings into a fallacy of belonging and collectivity, as if claiming a home—a proper space of belonging—were possible. Where capitalism is without ground and the ‘global’ is nonsensical, or at least difficult to comprehend, retreating to familiar categories and identities reaffirms a fantastical foundation. Thus, ethnonationalism’s appeal to a pure belonging in nation, culture and identity has found currency in the 21st century. The familiar enemy in the ‘migrant’, in particular where this migrant body is black and Muslim, have historically threatened an ostensibly Christian Europe.²² Rhetorically aspiring towards reclaiming ‘nation’ as a secure, predictable, known, home offers a ground for, and resolution to, the precarity people are experiencing.

¹⁹ Is it the idea of a white, Christian Europe they are ‘saving’? Is it distinct nationalities: Italy for Italians, Austria for Austrians, Finland for the Finns, Britain for Brits? Who are these true patriots when Italy has only existed as a nation since 1861, Austria emphasises German language skills as a prerequisite to state support, ethnic Finnish settlements extend across northern Russia, and the decedents of true Britons can only be found in Wales, Cornwall and Brittany (France)?

²⁰ I. Krastev, *After Europe*, University of Pennsylvania Press, 2017.

²¹ Capital exceeds the nation through processes of neoliberalisation see J. Peck, ‘Explaining (with) Neoliberalism’ 1 *Territory, Politics, Governance* 2 (2013) 132-157; J. Peck and N. Theodore, ‘Still Neoliberalism?’ 118 *The South Atlantic Quarterly* 2 (2019) 245-265.

²² N. DeGenova, ‘The “migrant crisis” as racial crisis: do Black Lives Matter in Europe?’ 41 *Ethnic and Racial Studies* 10 (2018) 1765-1782; A. Kallis, ‘The Radical Right and Islamophobia’ in *The Oxford Handbook of the Radical Right*, J. Rydgren ed., 44-46 Oxford University Press, 2018.

Capital circulation benefits from, and is sustained by, the suspended, or limited, subjectivity of labourers: cheap, deregulated, precarious labour. Ironically, these are the very bodies nationalism ostensibly protects itself against. While the 'nation' proclaims inclusive belonging for citizens, its viability in globalised economic markets is contingent on the fragmentation of the persons physically present, albeit included as excluded. Normative legal categories embedded in the nation-state threaten failure for anyone who slips out of line.²³ Furthermore, a globalised world is, essentially, 'anti-world' rendering any opening (*eco*) as an opening onto a marketplace, immediately already technologised (*tecbne*) as capital accumulation. Indeed, global capital circulation navigates the nation-state, but on a larger scale with access to a larger supply of 'irregular' labourers in suspended subjectivity.²⁴ Meanwhile, 'migrant' 'irregular' bodies give nationalist movements a figure to demonise and exclude, while bolstering the imagined gravity²⁵ or 'heft'²⁶ of citizenship. These migration discourses, and the panic they conjure, obscure the mechanisms of capital that condition exploitation, social fragmentation and ecological destruction for all beings, no matter who is considered a citizen and who is considered a foreigner.

Thus, while the aspirations of the nation that are manifest through populist nationalist movements can appear to be incongruent with the aspirations of global capital through neoliberalisation, the differentiation reinforced by ethno-nationalism ensures a supply of precarious, irregular labour. Cheap labour garnered from workers 'willing to work for less', classically 'migrant' workers, supports a downward pressure on wages that benefits short-term capital accumulation, on a 'global' scale. This is a labour supply that, by their exclusion from the nation either in legal status or exclusion from the 'community of value'²⁷ are not deemed worthy of protection. Hence, their labour remains cheap and exploitable. Labour needs to be irregular in order to be cheap, thus nationalism's selective recognition, or privilege, coexists with and indeed facilitates neoliberalism's pursuit of cheaper, deregulated work.

The radicalisation and mobilisation of ethnonationalism in Europe, and around the world, is all the more complicit with the globalisation of finance and commodities (global economic market) when we consider how labour migration within Europe, and beyond, is not a new phenomenon.

²³ B. Anderson, 2013.

²⁴ P. Cheah, 'The Untimely Secret of Democracy' in *Derrida and the Time of the Political*, P. Cheah and S. Gerlac eds, 74-96, Duke University Press, 2009, 90.

²⁵ P. Fitzpatrick 2008, 71.

²⁶ A. Macklin, 'Who Is the Citizen's Other? Considering the Heft of Citizenship' 8 *Theoretical Inquires in Law* 2 (2007).

²⁷ B. Anderson 2013.

To take the example of the United Kingdom (UK), since the 15th and 16th century peasant populations were contained through ‘compulsory service’ and vagrancy laws that controlled migration. Migration was caused by dislocated due to changes in land ownership through processes of land-grabbing and enclosures.²⁸ Colonial expansion gathered labourers, acquired land and set about ‘civilising’ and ‘modernising’ peasant populations. The labour migration that took place internationally (i.e. away from Europe) was the movement of settlers, colonisers, slaves for cheap manual labour, and the expansion of colonial authority via governance by landowners and representatives of colonial governments.²⁹ Beginning in the 16th century, and continuing well into 19th century, rural to urban labour migration and industrialisation shaped the regulation of movement and mobility within and across territories. The technology of work in expanding urban settlements was furthermore enabled by colonial expansion and imperialism, resource extraction and the concentration, or centralisation, of labour.

Leaping to the 20th century, labour migration particularly in Europe and North America, was characterised by persons fleeing violence (war) as well as responding to the need for cheap labour to rebuild post-war economies. Post war re-industrialisation depended on labour, while the consolidation of nation-states was needed to maintain control over populations and borders to reinforce the authoritative power of the nation-state within the ‘international’.³⁰ A double movement reinforced the nation-state and bounded citizenship to facilitate a social welfare state at the same time that post-war dislocation meant that people were not only in motion (refugees, displaced persons) but in demand as post-war labourers. Moreover, post-colonial movements in former European colonies facilitated more migration within the Commonwealth, for example, for labour, education and resettlement opportunities. The Windrush Generation in the UK is an example of this migration.³¹ In the 21st century, violence again has caused profound international displacement as people flee war, poverty, deforestation, desertification and a lack of possibilities to secure their livelihoods. Environmental disasters and climate changes have further compelled people to flee to other territories and countries, where fires, rising sea levels, tsunamis, hurricanes, earthquakes and volcanoes have made their homes inhabitable. This migration conflicts with the protectionist impulse to keep populations bounded, such that only citizens (nationals) have access to a nation-state and thereby the laws, jobs and, in cases where such a system exists, social welfare

²⁸ B. Anderson 2013, 15, 23.

²⁹ P. Gilroy, ‘Agonistic Belonging: The Banality of Good, the “Alt Right” and the Need for Sympathy’ 3 *Open Cultural Studies* 1 (2019) 1-14; P. Gilroy, *After Empire: melancholia or convivial culture?* Routledge 2004.

³⁰ See S. Sassen, *Territory, Authority, Rights*, Princeton University Press, 2008, 15, 138.

³¹ S. Hall, ‘The Windrush Issue, postscript’ *Soundings* 10 (1998) 188-191.

protection of the state. While it may seem that nationalism and xenophobia contradict a continuing demand for cheap labour, increasingly the technologisation of goods and services allows for cheap labour to be found ‘off-shore’, outsourced from the workers who are recognised as having a physical presence in the nation-state.³² Political and media discourses focus on anti-immigration movements, migration pressures and/or the need to open borders for humanitarian reasons. Cheap labour, however, is made invisible, both through technological means (internet communication and mobility) and disenfranchised local populations whose labour is made, and kept, invisible.³³

The presence of people, beings and bodies, working and moving, across and against the confines of the nation-state and legal categories is ecotechnical. Yet the nation-state organising people coming together, moreover the nation-state understood through classical notions of *demos* and *polis*, is not originary sociality in the way that is manifest as ecotechnical. There is no creativity where belonging is predetermined within an imagined, albeit carefully controlled and constructed, state. In spite of the artificial construction of borders and territory (not naturally occurring), immigration laws and policies, employment law, social welfare regulations and criminalisation of poverty are examples of the very real control that is exercised by governments onto the people—their lives and bodies—within a designated territory. Nevertheless, the circulation of sense happens in spite of the market, formal citizenship and legal (state) recognition. In short, sociality happens in spite of, not because of, the nation-state and its borders, laws and designations. Understanding ecotechnics starts from ‘everydayness’ instead of abstract thought.³⁴

II. ECO-NOMOS, DEFAMILIARISED

The nation-state and its legal system do not form the ‘eco’ of ecotechnics. But vitally, eco is not a ‘thing’ that can ‘be’ formed. While eco is the home and belonging that the nation-state lays claim to and law ostensibly arbitrates (eco-nomos), eco always escapes techne by ‘render[ing] inoperative every appeal to an authentic original togetherness’.³⁵ Ecotechnics exposes the awkward and insufficient techne of a normative ‘return’ to the ‘proper’, as in the nation-state through citizenship and national belonging. Such a normative return, as if circulation had a starting or end point, has

³² Notwithstanding the non-recognition of those out-sourced into grey areas and shadow economies within the same territory or nation-state, see M. Gray and S. Suri, *Ghost Work: How to stop Silicon Valley from building a new global underclass*, Houghton Mifflin Harcourt, 2019.

³³ M. Gray and S. Suri 2019; A. Tataryn 2020.

³⁴ I. Devisch, *Jean-Luc Nancy and the Question of Community*, Bloomsbury, 2013, 116.

³⁵ I. Devisch 2013, 116.

been explored by Berlant as a cruel optimism.³⁶ Indeed, the hope that order will be restored for a ‘citizen’, or if a non-citizen ‘irregular’ migrant gains legal status, is doomed to disappoint. Ecotechnics reveals that there is no restoration possible, only creation from the singular plural. Thus, ecotechnics discloses an ‘ecology of unhomeliness’.³⁷ The fallacy of the nation, together with its embeddedness with neoliberalisation and capital progress, is exposed when we observe beings together in the world, as the world. The *unhomeliness* does not aim to align us to a pure nature; the purity imagined by Enlightenment thinkers (foremost, Immanuel Kant) does not exist, neither in modernity nor in nature. Ecology is messy and disorderly, as is life. Unaligned, chaotic, transgressive: this is the *economos*, law of dwelling, law of home.

Eco-nomics originally refers to the regulation, or logic, of the ‘home’: *eco* - the environment or the household (*οικος*) and *nomos* - law (*νόμος*, *nómos*). The law of the environment was narrowed to a focus on the household, and private ownership of the home, which was fundamental to the structure of society resting on a patriarchal family structure. The household was the foundation enabling the man—the original ‘good’ citizen—to participate in the public sphere (the *polis*). Women, children, domestic workers, slaves, in contrast, were contained in the so-called private space of the home, where the foundation of eco-nomos was established and nurtured, but denigrated. Thus, eco-nomics, on the one hand, harkens back to the traditional racialised and gendered structure where the citizen emerged from the private to the public, and *his* economic activity upheld both the home and the public, i.e. the state. On the other hand, economics, the logic of a household, does not necessarily need to reaffirm the singular, historically specific interpretation of the household. The ‘household’ and the ‘home’ could be the basic relation of the singular plural, embracing ‘continuous material and conceptual movement’.³⁸ Economic understanding could be pluriversal.

Redefining eco-nomos entails uprooting the concept of eco- from the ideologically weighted, historically specific contingency of the household, property and -nomos. Eco must be unhinged from the nation-state, citizenship and modernity’s embedded assumptions about home. Eco- as a household of ecology (home-as-homelessness) and nomos as originary sociality would posit household as a shared space, bounded by an ethical relationality to the singular plural beings that rely not only on each other (*nomos*) but on the environment and ecology of life (*eco*). This

³⁶ D. Olusoga, ‘The cult of optimism got us into this mess. It’s time to embrace pessimism’ *The Guardian* 14 July 2019 <https://www.theguardian.com/commentisfree/>; L. Berlant, *Cruel Optimism*, Duke University Press, 2011.

³⁷ A. Philippopoulos-Mihalopoulos ed., *Law and Ecology: New Environmental Foundations*, Routledge, 2011, 7.

³⁸ A. Philippopoulos-Mihalopoulos 2011, 2.

relationality is ‘continuous material and conceptual movement.’ Eco-nomos, uprooted from the predominant (neo)liberal market ideology upholding our onto-epistemological structures of law and economics, maintains and sustains not only human, animal relationship, but that within nature, ecosystems and biodiversity: all beings singular plural.

Eco-technics, when considered through attention to bodily materiality in a groundless home, renders not the body of the stranger (the ‘migrant’) as the intrusion, but the ecotechnical nature of capital, embodied in the economic market, intrudes, as capital alone comes into relief as the stranger inside. The market model and processes of neoliberalisation capitalise, commodify, bodies producing and reproducing. Categories that claim to frame being (i.e. identity) attempt to seize ‘eco’ but of course, fail to ever capture existence. Moreover, the frame is determined by the dominance of those whose personhood is inscribed in modernity’s image of the citizen subject and claim authorship over a universal, ‘global’, sphere. Because the neoliberalising market prioritises capital and economic growth, embedded in the state, it sets free eco-*sociality* and abandons us (being) to the incommensurable. Abandoned to groundlessness we are not without relationship, but we are abandoned to embrace the strange/r as our homeless being (singular plural), in other words, all that we are.

The ostensibly most familiar subject, the Good Citizen, is intrinsically unknown. For who is the Good Citizen? Where is s/he? Strangely, in spite of seemingly setting the goal for all others, how does this Good Citizen maintain the global economic system, save occupying a hegemonic position over the subjectivity of all others who are not-quite-Citizen? These questions unsettle the fantasy of citizenship. Thinking the ‘eco’ activates what critical theorist Rosi Braidotti has termed *defamiliarization*.³⁹ A foreigner is an intruder imposing on hospitality and the nation-state, who acts to defamiliarise the rights-bearing, autonomous individual citizen-subject. The intruder, for instance the irregular migrant labourer, disrupts the notion that ‘I’ am the realisation of ‘my’ own self, in the stability of a fixed home-space where ‘I’ belong: be it home as private property, owned and inhabited, or a domestic national market economy. In either case, the home has within it, intrinsic to itself (in stereotypical assumptions), the disruptive ‘working’ woman and the disruptive ‘settled’ migrant. Far from being a settled, stable space, the home as a space for the ‘I’ is nothing but a site of technologies that can be replaced, operated on, and fixed in order to prolong ‘my’ life. For the person considered ‘migrant’, the nation-state promises a home to those who participate as Good Citizens, that is, participate in the neoliberal economic system in ‘high valued’ work. In

³⁹ R. Braidotti, *The Posthuman*, Polity Press 2013.

practice, the market system is a technique of production and reproduction where neoliberalisation engulfs the work of bodies into an insatiable capitalist system. Even the Good Citizen can be ‘irregular’ in the market. A shifted focus on irregular migration and labour highlights the limit of legal recognition and subjectivity in and of itself. Home is nothing but a confrontation with homelessness, with precarity and groundlessness. For this reason, sociability and the relation that occurs at the level of the encounter of plurality of singular beings *is* originary, disruptive and intrusive every time.

III. TERMS OF LAW AND TOGETHERNESS

As suggested above, originary sociality can be seen as being the reason for, and limit of, law. Such a theorisation of law resists the governance power of predetermined programmes and categories because it enables thinking to give credence to the material possibility of our being ‘with’. Here, relationality is key. The relationship that we, as beings, have with each other before determination or signification is what forms the element of sociality and society. The coming together of persons has also been extensively discussed in terms of community. Nancy explored the coming together of persons as unravelling pre-determined, programme-oriented categories and frameworks through material lived experience.⁴⁰ Community re-thought in this way was intended to resist determination; coming together cannot be accounted for within common signification.⁴¹ Community as unravelling, or inoperative (*désœuvrement*), provides an antidote to calls for ‘authentic community’ (i.e. belonging in the nation) that enforce boundaries of inclusion and exclusion, ignoring the movement and happening of sociality. Inoperative, unravelling, community, therefore, is neither a bond nor a production of unity, but is the ‘condition of our existence.’⁴²

Invoking words such as community, sense and creation has been discredited as harkening to a transcendent form and thereby undermining the deconstructive process.⁴³ As an additional concern, neoliberal society has a tendency to ‘immediately ruin whatever new chances a renewal of the concept of community could provide to our political discourse today’.⁴⁴ Accordingly, ‘the theme of ‘community’ now run[s] the risk of becoming, yet again, ‘excessive’ and ‘inappropriate’

⁴⁰ J-L. Nancy, 1991.

⁴¹ T. May, *Reconsidering Difference: Nancy, Derrida, Levinas, and Deleuze*, Pennsylvania State University Press 1997, 31.

⁴² I. Devisch 2013, 30. Community, ‘being with’ or the ‘being together’ is elemental to the ethical-political stakes of deconstruction (I. Devisch, 22). For Nancy, the bodily, present and material singular plural being-in-common *is*. We are always in relation within the world where a being is not total onto itself (Nancy 2000, 48).

⁴³ I. James ‘Differing on Difference’ in *Nancy Now*, V. Conely and I. Goh eds, 110-126, Polity Press, 2014, 125.

⁴⁴ G. Lambert, ‘‘Literary Communism’’ in *Nancy Now*, V. Conley and I. Goh eds, 37-58, Polity Press, 2014, 57.

as a philosopheme or as an element in our current political discourse'.⁴⁵ Since the early 1990s, with the fall of the Soviet Union, objections to conventional uses of the term community, where 'community' is used to describe a collective of individuals that *should* be formed, have been discussed and debated.⁴⁶ The constructive definition of community is one where people are made to fit and conform to a group. Such an approach underlies nationalism and citizenship, where people are expected to conform to the community as either excluded or included and are subjected to a self-affirming totality. This totality identifies its members according to an overarching governance programme (nationalism) that envisions a particular form for individuals in-common. Such an enforced collective can, in the extreme, result in the uniformity and repression of difference experienced in totalitarian regimes. In ostensibly more benign or democratic contexts, the identifying members in a collective similarly enact violence through enforcing hierarchies and selective exclusions—based on citizenship as belonging, for example. As a result, such communities—of the 'nation' and of 'value'—are not open to the material presence (action, labour) of all persons, nor to the relationships happening to sustain or maintain life.

Yet to be in common is elemental to relationship. It is the happening of the singular plural. Feminist, decolonial and ecological writing mobilises discussions of relationality towards a relational-ontology: lived, experienced, socially-environmentally dynamic ethical being. Braidotti writes of 'ethics of affirmation' as an 'eco-philosophy of multiple belongings for subjects constituted in and by multiplicity'.⁴⁷ While the terminology and entry into discussing ethics is different from my approach through ecotechnics, Braidotti is similarly concerned with that which is experienced together, in an affirmative (another word for 'productive' without the connotations of market productivity and quantification) ecology of experience (i.e. what is happening). Her approach to critical theory affirms a non-essential vitalism concerning multiple ecologies of belonging, similar to being singular plural.

Importantly, Braidotti's explication of the PostHuman, and its redefinition of critical thought, projects an aspirational affirmative community: 'combining ethical values with the well-being of an enlarged sense of community'.⁴⁸ Unlike the inoperativity and originary possibility of 'eco', experienced each and every time in the singular plural, Braidotti prescribes an ideal form for the

⁴⁵ G. Lambert 2014, 57.

⁴⁶ Community, when used in discussions of social or legal phenomena, is a term used to represent communitarian and socially prescriptive ideologies. For a discussion of communitarianism versus liberalism, particularism versus universalism: I. Devisch 2013, 11.

⁴⁷ R. Braidotti 2013, 144.

⁴⁸ R. Braidotti 2013, 190.

future: a *better* affirmative future in ethical community. While I do not discredit this as an important project in its pursuit of a different way of being/relating, ecotechnics does not proffer an alternative form to which we can aspire. Ecotechnics has only the irrefutable present, happening. Thus, any suggestion stemming from ecotechnics concerns our onto-epistemological perspective: modes of thought concerning our being singular plural and from this, the world. Ecotechnical being is not in itself a self-fulfilling entity. Rather this term, with my approach, tries to access being singular plural as that which is happening in circulation with *techne* (capital) and ecologies of belonging and becoming. Being is paradoxically within itself as a singular being yet opposed to the individuality of being that denies interdependence with a plurality of other beings. In other words, this being is what other theorists have identified as an ongoing condition of life where the experience of becoming is an actual praxis, embodied and embedded but ‘firmly located somewhere according to the radical immanence of the politics of location.’⁴⁹ Being is relational, through and through.

Within this relationality a dwelling is *happening*: *eco*. Therefore, the law of the home is uncanny, unhomely or homeless, insofar as it is tracing (in motion) the limit of our being in relation (singular plural) with the entirety of socio-ecology that sustains and maintains where we, beings, dwell. Ecology, economy and ecotechne share dwelling – *oikos* – where ecology nurtures possibility and economy determines dwelling. Eco-*techne* involves ‘world creation’ as the totality of resonance in lived experience in the circulation of sense. This world creation is happening whether we pay attention to it or not. Yet to pay attention to ecology and environmental change (i.e. crisis) is to pay attention to the crisis of our sociality. Thus, to draw out *eco*- in ecotechnic undermines formed, defined categories in law and nationhood. Ecotechne is therefore not democratisation or counter-cultural organisation because it is not about adhering to, or using, the institutions of politics and government either to join or oppose. Equally, the *eco* is not ecological conservationism. Conserving an ecology ‘out there’ or an environment ‘there’ suggests that we are external to ecological circulation, able to protect ‘it’ as if it were distinct from ‘us’. But the being singular plural is everything, including and not limited to, nature.

The politics of ecotechnics are radically different from politics understood as ‘management of production, exchange and growth’.⁵⁰ Ecotechnics de-familiarises the normative vision of self and others. The defamiliarisation works to shatter ‘the flat repetition of the protocols of institutional

⁴⁹ R. Braidotti 2013, 188.

⁵⁰ M-E. Morin, *Jean-Luc Nancy*, Polity Press, 2012, 104.

reason⁵¹, where ‘institutional reason’ is what conditions exclusive categories of belonging and filters experiences of precarious work through discourses of migration. Institutional reason relegates individuals into an ambiguous category of ‘migrant’ that functions in support of a neoliberal market economic model. According to the dominant model, guided by this institutional reason, capitalism—capital accumulation and economic growth—is proliferated through its power to define value. Value is understood as proliferating an infinity of ends (i.e. accumulation). Accordingly, the end to be reached is an endless increase imagined through uninhibited market growth. Economic growth of this kind, and the economic market model, espouses capital as the end in and of itself. As such, capital is reinforced as if it were the only way to participate in the economy. Yet economy (not *the* economy) can be much more than capital accumulation.

Rethinking work and movement (citizenship) from ‘the law of the home’ or *eco-nomos* involves disentangl[ing] labour from the ‘legal conception of work’.⁵² According to Routh, this means recognising the socio-ecological context of work. Currently, labour law functions within a system that understands work as a ‘market-based exchange relationship aimed at economic productivity’⁵³, or, a ‘private market productivity framework’.⁵⁴ However work can be equally understood for its activity that is part of the ecology sustaining human life and nonhuman nature; human labour contributes to the ecological circulation of the world. Zbyszewska calls this the ‘socio-ecological scope for labour law’.⁵⁵ As the law of the home, economy surpasses discussions of work and labour within a capitalist market economy. The ‘home’, deconstructed as a home-as-unhomeliness, leads us to question (as many feminist scholars have argued for years⁵⁶): what is valued? How do ‘we’ attribute and assign value? In order for labour to be disentangled from its legal conception, what ‘we’ value must be carefully interrogated.

Over 20 years ago, Fredman argued that an ‘ethic of responsibility’ was needed to change the way law and economy privilege male workers (and their jobs) over traditionally ‘women’s work’ and

⁵¹ R. Braidotti 2013, 169.

⁵² S. Routh, ‘Embedding Work in Nature: the Anthropocene and Legal Imagination of Work as Human Activity’ 40 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 1 (2018) 29-60, 31; A. Supiot ‘Perspectives on work: Introduction’ 135 *International Labour Review* 603 (1996), 605.

⁵³ S. Routh 2018, 31.

⁵⁴ S. Routh 2018, 32.

⁵⁵ A. Zbyszewska, ‘Labor law for a warming world? Exploring the intersections of work regulation and environmental sustainability: an introduction’ 40 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 12018, 11.

⁵⁶ see A. Picchio, *Social Reproduction: The Political Economy of The Labour Market*, Cambridge University Press 1992; J.K. Gibson-Graham, 1996, *The End of Capitalism (As We Knew It): A Feminist Critique of Political Economy*, Blackwell, 1996; A. Sallah ed, *Eco-Sufficiency and Global Justice: Women Write Political Ecology*, Pluto Press, 2009; S. Federici, *Revolution at Point Zero*, PM Press, 2012.

women's labour.⁵⁷ An ethic of responsibility, however, will never circulate within a system that aspires towards progress, capital accumulation and market growth. Substituting women's labour into the market economic system, i.e. commodifying domestic work and care work, will not cause this work to be equally valued or of market worth to traditional, ego-logical, productivity-based labour. In fact, rather than care work increasing in value, other traditional labour sectors have become increasingly precarious and de-valued instead, as for example, skills-based trades, acquired through apprenticeships and long-term relationships of knowledge exchange and learning.⁵⁸ The systemic logic of capitalism (primitive accumulation) has reinforced difference through gender oppression, environmental destruction and colonial (racial, ethnic) violence.⁵⁹ As Mies emphasises, capitalist exploitation of waged labour is the tip of the iceberg. The iceberg for Mies is women's unpaid work, reproduction, 'work in the colonies' and resource extraction from the earth: labour and *being* that cannot be fully incorporated into the capital circulation of the market because it cannot be fully calculated. Their non-incorporation is why they continue to be undervalued.⁶⁰ Salleh elaborates, 'what is rarely understood, even by thinking people, is how the entire edifice of international capital ultimately rests on the material regeneration of global thermodynamic cycles by reproductive labour power. Child-care, elder care, forest nurture—by such functions, housewives or indigenes catalyse not exchange value, not use value, but a "metabolic value form" that flows into and sustains the essential bio-infrastructure of the capitalist system.'⁶¹

In the 1970s, the 'Wages for Housework' campaign (1972), sought to illustrate the 'immense amount of unpaid labor' that although 'not built exclusively or primarily on contractual relations' has been obscured by the focus on the wage relation in labour/employment law, policies and labour movements. Federici illuminated how 'the wage relation hides the unpaid, slave-like nature of so much of the work upon which capital accumulation is premised'.⁶² By demanding wages and attributing monetary value to housework, the Wages for Housework campaign sought to speak the language of capitalism back to capitalism. This is not dissimilar to the economic argument against climate change, which demonstrates the economic costs and losses incurred by climate

⁵⁷ S. Fredman, *Women and the Law*, Oxford University Press, 1998.

⁵⁸ G. Standing, *The Precariat: The New Dangerous Class*, Bloomsbury, 2011.

⁵⁹ J. Oksala, 'Feminism, Capitalism, and Ecology' 33 *Hypatia* (2018) 216-234. 220.

⁶⁰ J. Oksala 2018, 230; M. Mies, *Patriarchy and Accumulation on a World Scale: women in the international division of labour*, 3rd ed, Zed Books 2014.

⁶¹ A. Salleh, 'Planetizing the Labor Movement' *Great Transition Initiative* (2019) <https://www.greattransition.org/roundtable/workers-world-ariel-salleh>

⁶² S. Federici, *Precarious Labor: A Feminist Viewpoint* (2008) <http://inthemiddleofthewhirlwind.wordpress.com/precarious-labor-a-feminist-viewpoint/>

change.⁶³ However, Federici herself acknowledges that ‘there are serious limits to the extent to which reproductive work can be reduced or reorganised on a market basis.’⁶⁴ Similarly, there are serious limitations to the extent to which ecology and the environment can be reduced to market, and entirely anthropocentric, calculations. Tactics of commodifying care, environment and ecology are an attempt to fit the ‘sense’ that is within these experiences and existence into a pre-existing form. A form that, by its very nature of technologising being into capital, excludes and undercuts the value of unwaged labour or ecological stewardship, including elements such as care, kindness and generosity.

IV. CONCLUSION

The Enlightenment roots of modern liberal thought and modern law attempted to make nature calculable, a ‘calculable technics’.⁶⁵ Thus, it is no surprise that an anthropocentric view of nature and climate crisis looks for human solutions to remedy human-made problems within an epistemology where the market economic system is assumed to be natural and thus the solution to any problem. The ‘assumption of the naturalness of markets is crucial to the insistence that There is No Alternative’.⁶⁶ The notion that there is no alternative to the market, and thus to the status quo, shares similarities not only with gender and women’s work, but more broadly with law’s incommensurability. That the law does not hold the ground that we expect it is hidden by a systematic, institutionalised and epistemologically-affirmed insistence that law ‘is’ something. Our environment and ecological circulation are likewise incommensurable; ‘it’ (eco – ecology, environment) does not exist somewhere. Any attempts to ‘save the environment’ already miss the point, and confuse the relationship between human and beings: ‘can we condemn anthropocentrism and human exceptionalism on the one hand—the human is the ultimate culprit—while embracing and reaffirming these centrisms with the other—the human is the only one who can save the day?’⁶⁷ By attending to ecology and ‘eco’, we cannot ‘restore a lost purity’.⁶⁸ The idea of purity in ego-logical modern epistemology technologises rather than releases sense.

⁶³ S. Routh 2018, 38.

⁶⁴ Federici 2008, 110.

⁶⁵ M. Fritsch et al., *Eco-Deconstruction: Derrida and Environmental Philosophy*, Fordham University Press 2018, 262.

⁶⁶ D. Massey ‘After neoliberalism? Introduction to the Kilburn Manifesto’ *Open Democracy UK* 21 June 2013 <https://www.opendemocracy.net/en/opendemocracyuk/after-neoliberalism-introduction-to-kilburn-manifesto/2013>, 16.

⁶⁷ Kirby in M. Fritsch et al, 2018, 134-5.

⁶⁸ M. Fritsch et al 2018, 13.

Instead, ecology is a ‘bundling of forces and appearances with neither beginning nor end—an enfolding genesis where in every ending is an inventive reiteration, a beginning’.⁶⁹ Beings are not external to ecology: our sense is the only sense of the world and its ecosystem. But this sense is incommensurable, disruptive and relational. As ecotechnics illuminates, the relation within the world of ecology is a relation of interruption: the eco interrupts, disrupts and transgresses techne. By paying attention to sense, rather than the technologised action of ‘saving’ or ‘preserving’ which aspires to a purity found in something or some form, our relationship to environment becomes one that nurtures the singular plural, as ecology itself. The ecotechne of sense cannot but create a relationality, a sociality, where ecological environment is life and being. Following from this, I suggest that any ‘ethic of responsibility’, like relational ethics, can only function with a recognition of ecotechnics. With recognition of the sense that exceeds technological seizure and capital but circulates as the dwelling for all beings, singular plural still exists within techne. The techne is undeniable, but not total. Neither is the eco total. The ethical condition is precisely this alterity, which is an interruption of any narrative of totality or completion.⁷⁰ Modernity’s claim and stronghold rests on the idea that modern myths—law, nation-state, the autonomous individual—have the power to gain control and contain freedom, nature and truth. For instance, the human stepping in in the absence of divinity.⁷¹ If, as I am exploring here, we instead are doing the opposite of containing, in other words are abandoned (groundless) to freedom⁷², then this eco, or ecology, that we open onto can only bring disorder⁷³ to the current standard of modern thinking and law. In Marder’s words, ecology is the ‘harbinger of crisis’ for the dominant modern onto-epistemology.

Crisis evokes negativity; it is bad, undesirable and immanent: the migration crisis, the labour/employment crisis, the environmental crisis.⁷⁴ But these ‘crises’, while irrefutably shedding light on suffering, and physical as well as normative violence⁷⁵, also force us to consider what is valued. These crises force us to ask, ‘what is the life worth living?’⁷⁶ The ‘phantasm of the world’s destruction [ecological, nuclear war] serves precisely to bolster a pretense of a common and shared world [*nation*]⁷⁷, reinforcing the ‘ground’ or ‘home’ of the nation-state and citizenship. Released

⁶⁹ Kirby in M. Fritsch et al 2018, 129.

⁷⁰ Lynes in M. Fritsch et al 2018, 115.

⁷¹ see B. Latour, *We Have Never Been Modern*, Simon and Schuster, 1991, 41.

⁷² J-L. Nancy, *The Experience of Freedom*, trans., B. McDonald, Stanford University Press, 1993, 37.

⁷³ Marder in M. Fritsch et al 2018, 142.

⁷⁴ It should not be surprising then, that any radical attempt to deal with the ecological crisis is condemned as inevitably leading to economic disaster.

⁷⁵ see Oskala 2018, 219.

⁷⁶ A. Kothari et al, *Pluriverse: A Post-Development Dictionary*, Tulika Books, 2018, xxviii.

⁷⁷ Wood in M. Fritsch 2018, 55.

from yearning for this as a possible resolution to crisis (as if resolution, or restoration, were ever possible), we have a response-ability or an ability to respond. This response-ability is not to constructs and categories, but to the being singular plural: present, living, experience.⁷⁸ It is a response-ability that is ‘as empty as it is absolute’.⁷⁹ While the barrage of information through media highlighting political, migration and ecological crisis has an ‘anesthetising effect’ that, through techne, diverts questions of responsibility⁸⁰, the eco brings us back to basics. What are we able to respond to? What do we value? What are ‘we’? Abandoned, as we are in an ecosociality that offers no ground and no fixed home, we can only respond to the plural that is how, why, we *are* being.

The nation-state offers a ground for identity, belonging and notions, sentiments, of home. However, the idea that there is security or stability through citizenship in a nation-state is challenged by practices of law, privilege and power, whereby legally recognised citizens can easily slip into categories of sub-citizenship, precarity and insecurity. The practice of law as both juridical and existential further demonstrates the lack of stability, order and consistency in law, ostensibly a foundation for order and social organisation.⁸¹ The nation-state, as a contained, enclosed space and identity, is a fallacy. This fallacy generates a fantasy of home that can and must be contained, secured, possessed. Moreover, this fantasy fuels the securitisation of borders, the exclusion of foreigners and the privileging of waged labour as valued participation in a ‘globalised’ economic system. The circulation of techne as capital accumulation, the circulation of categories, the technologization and calculation of life, is not the total experience of existence. The pursuit of home, together with the yearning for identity, security and belonging, is undeniably seized by capital accumulation, but it is not defined by capital circulation.

Material sense, embodied (‘to give material or concrete character’ ‘to draw together, solidify’) is not concretised. Yes, bodies are technologised, used as mechanisms of capital circulation, yet they are not totally techne. Capitalism justifies materialism, as if beings were all solely products of the market. This totalising, universal presence of capital is shared between capitalist, neoliberal thought and even Marxist thought, where the market economic system forms the totality of the social world and relationship, as if the concretisation of sense was totalising in and as capital. But what escapes

⁷⁸ As well as, arguably, to ghosts not yet born and dead see J. Derrida, *Spectres of Marx*, trans., P. Kamuf, Routledge, 1994, 15-16.

⁷⁹ J-L. Nancy, *A Finite Thinking*, Stanford University Press, 2003, 296.

⁸⁰ Barad in M. Fritsch et al 2018, 208.

⁸¹ See further in Tataryn 2020.

this, even on a very simple level, is that ‘society considered in its relationship to the individual cannot be defined simply by the methods of production.’⁸² The eco and techne are simultaneous but not consumed by one another. Ecology does not, cannot, become technology; it forever escapes seizure. We can sense this by thinking of embodiment. Embodiment (human, animal, nature) is an experience of how we are affected, but not consumed by market forces. We are part of the market, as circulating in/as capital, but we cannot lose our embodiment as singular beings in the plural. And within this embodiment, creativity as creation is the intrinsic connection of the singular plural in labour and movement.

⁸² S. Weil, *Oppression and Liberty*, trans., A. Wills and J. Petries, University of Massachusetts Press 1973 (original 1955), 142.

«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 vivos 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 irrepetible, 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 mí. 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 verde³⁶; 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*».

juéz 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).

HUMAN GENOMICS AND SURROGATE MOTHERHOOD: LEGAL PLURALISM AND THE CIRCULATION OF MODELS

*Andrea Stazi**

TABLE OF CONTENT:

- I. INTRODUCTION. EVOLUTIONARY PROFILES AND CRITICAL ISSUES OF HUMAN GENETIC ENGINEERING IN COMPARATIVE LAW
- II. GENOMIC DEVELOPMENTS, GENETIC TREATMENTS AND SPECIES EVOLUTION –
- III. CIRCULATION OF REPRODUCTIVE MATERIALS, SURROGATE MOTHERHOOD AND EXPLOITATION LIMITS
- IV. GENOMIC MEDICINE AND IMPACT ON EVOLUTION: THE CASE OF EMBRYOS WITH MODIFIED DNA
- V. FINAL CONSIDERATIONS. LEGAL PLURALISM AND THE CIRCULATION OF MODELS.

The evolution of knowledge on biogenetic processes, the decoding of the human genome and many other living species, the new discoveries about the interactions between genes and the functioning of DNA allow today unprecedented application developments.

The circulation of reproductive materials and surrogate motherhood, with the related problems regarding the exploitation of the human body, and genome modification interventions, with the consequent doubts regarding the impact on health and evolution, touch the very essence of the human being and therefore find different answers in the various legal systems.

From a comparative point of view, the phenomena that emerge are those of legal pluralism and the circulation of models, as expressions of the necessary relationship between multidimensional but complementary tools that can operate according to the cases in a contrasting or subsidiary way.

In this scenario, the most complex challenges to face are those of balancing fundamental rights and the effectiveness of the forecasts and tools adopted, to protect the "good of human life" today more at stake than ever.

* Associate Professor of Comparative Law and New Technologies Law and Director of InnoLawLab - Laboratory of Innovation Law at the European University of Rome; Visiting Associate Professor in Biotechnology Law at the National University of Singapore (andrea.stazi@unier.it).

I. INTRODUCTION. EVOLUTIONARY PROFILES AND CRITICAL ISSUES OF HUMAN GENETIC ENGINEERING IN COMPARATIVE LAW

The evolution of knowledge on biogenetic processes, the decoding of the human genome and many other living species, the new discoveries about the interactions between genes and the functioning of DNA¹ allow today unprecedented application developments.

Through the multidisciplinary synergy of molecular biology, chemistry, information technology and genetic engineering original models or genetic systems have been constructed from scratch, assembling portions of genome together, both copied from natural sequences, and the result of completely artificial sequences created in the laboratory².

On the other hand, these scenarios also pose relevant legal and ethical issues, in particular with respect to the impact on weak subjects and on the future evolution of the species. In a technically complex field open to global developments that go beyond individual national areas, legal analysis comes up against many difficulties. The relationship between the freedom of scientific research and the protection of human health has always been in problematic terms, especially in the field of experimentation, access to cutting-edge therapies and respective limits³.

Given the transnational dimension in which applied science moves and the difficult identification of shared and universally valid principles, the main challenge is to establish forms

¹ Abbreviation of deoxyribonucleic acid, responsible for the conservation and transmission of genetic information; see: B Alberts, A Johnson, J Lewis, M Raff, K Roberts, P Walter, *Molecular Biology of the Cell*, Garland, New York, 2014 (6th ed.), p. 173 ff.

² Starting from single functional genetic units, so called BioBricks, capable of expressing different characters and functions, it is possible not only to replicate existing portions of genomes, but to create complex and original biomolecular systems resulting from an artificial biological process, or to graft synthetic genes into existing organisms and natural genomes to express there their functional characters. On the subject, see: JW Szostak, DP Bartel, PL Luisi, *Synthesizing life*, in *Nature*, 2001, n. 409, p. 387 ff.; D. Baker *et al.*, *Engineering life: building a fab for biology*, in *Scientific American*, 2006, vol. 294, no. 6, p. 44 ff.

³ See, among others: T. Minssen, *Patenting human genes in Europe - and how it compares to the US and Australia*, in D. Matthews, H. Zech (eds.), *Research Handbook on Intellectual Property and the Life Sciences*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, p. 26 ff.; S. Ghosh, *Patenting human genes in the United States*, *ivi*, p. 41 ff.; A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015; C. Casonato (edited by), *Life, Technology and Law*, Cedam, Padua, 2007; G. Comandè, G. Ponzanelli (edited by), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Turin, 2004; CM Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, Bilbao-Granada, 2002.

and limits of the freedom of research and care in a scenario in constant evolution in the various countries, with the relative differences in socio-cultural sensitivity and ethical-legal approaches⁴.

II. GENOMIC DEVELOPMENTS, GENETIC TREATMENTS AND SPECIES EVOLUTION

Human genetic engineering, that is the alteration of the genetic or hereditary material of a human organism to eliminate undesirable characteristics or to produce new desirable ones, has been developed essentially to help limit or even put an end to the spread of disease. With the advent of genetic engineering and its evolution with the development of genomic medicine⁵, scientists can now change the way genomes are composed to limit or end certain diseases that occur as a result of a genetic mutation⁶.

Today genetic engineering is used to combat problems such as cystic fibrosis, diabetes and many other diseases. It therefore has the potential to improve the quality of life and allow for a longer life span⁷.

Clearly, one of the biggest advantages of this field is the prospect of helping to cure diseases in unborn babies. Having a genetic screening of a fetus can allow the treatment of the unborn child. Such an intervention may affect the growing spread of diseases in future generations⁸.

These developments present important opportunities for both treatment and research, based on the combination of coding genes and their use in organisms, drugs, *etc.* Genomics, gene therapy and synthetic biology could represent revolutionary solutions for the diagnosis, prevention and treatment of numerous pathologies, not only of genetic origin. In addition to the possibility of

⁴ See: S. Shrestha, *Genetically Modified Organisms and Human Genetic Engineering: How Should National Policy-Makers Respond to Perceived Risks Beyond National Borders?*, TLI Think! Paper 83/2017, available online on: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3049616, p. 2 ss.; R. Prasad, *The Fertility Tourists*, in *The Guardian*, 30 July 2008, available online at: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2008/jul/30/familyandrelationships.healthandwellbeing>.

⁵ Genomic medicine is an emerging discipline that studies the functions and interactions between the genes in the genome, using genomic information about an individual as part of their clinical care (e.g. for diagnostic or therapeutic decision-making), along with the health outcomes and policy implications of that clinical use; see: US National Human Genome Research Institute, *Genomics and Medicine*, available online at: <https://www.genome.gov/health/Genomics-and-Medicine>; S.C. Roth, *What is genomic medicine?*, in *Journal of the Medical Library Association*, 2019, vol. 107, no. 3, p. 442 ff.

⁶ In this regard, see, among others: SAA Patra *Effects of Genetic Engineering - The Ethical and Social Implications*, in *Annals of Clinical and Laboratory Research*, 2015, vol. 3, no. 1, p. 5 f.

⁷ In this regard, see: A. Fischer, S. Haccin-Bey, M. Cavazzana-Calvo, *Gene therapy of severe combined immunodeficiencies*, in *Nature Review Immunology*, 2002, vol. 2, no. 8, p. 615 ff.

⁸ See: SAA Patra, *Human, Social, and Environmental Impacts of Human Genetic Engineering*, in *Journal of Biomedical Sciences*, 2015, no. 4, p. 2 ff.

intervening on the genome through the insertion of genes that protect a hereditary or supervening functional problem, the creation of artificial vaccines or genetic drugs, or synthetic organisms for the production of biological substances, becomes possible for therapeutic purposes⁹.

These potentials of genomics and synthesis biotechnologies, together with the free usability of the so-called "coding units" in experiments, products and therapeutic protocols, make the maximum possible diffusion of such techniques desirable.

In such a perspective, many scholars have highlighted the importance of promoting the development of human genetic engineering through models of regulations of the most open use of access to basic genetic resources and sharing of scientific discoveries and results¹⁰.

However, the benefits mentioned so far are not without risk. In this sense, some note that, since genetic engineering uses the viral vector that carries the functional gene within the human body, the repercussions are still largely unknown. The exact location of functional genes is not often clear, sometimes they may even replace important genes instead of mutated genes. This could lead to a different health or disease condition for humans. Furthermore, as the defective genes are replaced with a functional gene, there will be a reduction in genetic diversity. As a result, it is claimed that if humans have identical genomes, the population as a whole will be more sensitive to viruses or any other form of disease¹¹.

An accident in the design of the genetics of a virus or bacterium, again, could lead to the development of a stronger type, which could cause a serious epidemic when released. This could be fatal in human genetic engineering, creating problems ranging from minor medical problems to death¹².

⁹ See: A. Nordberg et al., Cutting edges and weaving threads in the gene editing (A)evolution: reconciling scientific progress with legal, ethical, and social concerns, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2018, vol. 5, no. 1, p. 35 ff.

¹⁰ The relationship between freedom of scientific research, protection of human health and limits to research, as is known, has always posed multiple problematic issues, especially with regard to the profiles of experimentation, access to therapies, their respective limits and the balance of fundamental rights. In this regard, see among others: G. Ghidini, *Rethinking Intellectual Property, Balancing Conflicts of Interests in the Constitutional Paradigm*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, p. 69 ff.; A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, cit., p. 49 ff.

¹¹ See: D.D. Trump, *Synthetic biology regulation and governance: Lessons from TAPIC for the United States, European Union, and Singapore*, in *Health Policy*, 2017, vol. 121, p. 1139 ff.; WR Fleischmann Jr, *Viral Genetics*, in *Id.*, *Medical Microbiology* (4th edition), University of Texas Medical Branch at Galveston, 1996, available online at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK8439>.

¹² See: DK Mercer *et al.*, Fate of free DNA and transformation of the oral bacterium *Streptococcus gordonii* DL1 by plasmid DNA in human saliva, in *Applied and Environmental Microbiology*, 1999, vol. 65, no. 1, p. 6 ff.

Other arguments against genetic engineering are those that a) denounce the risk of "playing God"¹³, b) affirm that genes represent a "common heritage of humanity"¹⁴, and according to the most radical approach they should be handed down generation after generation without human intervention, or c) remark that genes exist naturally in organisms and should not be interfered with¹⁵.

Further questions are then raised regarding the effects of using such a technology, including in particular, that according to which once an altered gene is inserted into an organism, the process cannot be reversed, with the risk of developing forms of infectious diseases that give rise to global epidemics¹⁶.

On the other hand, with regard to the aforementioned objections to human genetic engineering, it has been noted first of all how it can be considered analogous to other human intrusions in nature, among which those for the benefit of life are of particular importance, such as the use of medicines possibly obtained thanks to the genetic engineering itself¹⁷.

Regarding the interest of humanity, then, actually it seems to be able to be served precisely through the development of scientific and technological researches that allow to offer solutions to problems of central importance such as those of health, reproduction, *etc.* Finally, with respect to the issues relating to the effects, it is highlighted that they are not exclusive to the genetic engineering sector, and must be evaluated and addressed with reference to the specific context¹⁸.

¹³ See: M. Bratton (edited by), *God, Ethics & the Human Genome*, Church House Publishing, London, 2009; J. Boyle, *Enclosing the Genome: What Squabbles Over Genetic Patents Could Teach Us*, in F. Scott Kieff (edited by), *Perspective on Properties of the Human Genome Project*, Elsevier Academic Press, San Diego, 2003, p. 97 ff.; J. Rifkin, *The Biotech Century: Harnessing the Gene and Remaking the World*, JP Tarcher/Putnam, New York, 1998, p. 60 ss.; MJ Hanson, *Religious Voices in Biotechnology. The Case of Gene Patenting*, in *Hastings Center Law Report*, 1997, vol. 27, p. 1 ff.

¹⁴ Or "common interest of humanity" or "public good". See, *ex multis*: ER Gold, BM Knoppers (edited by), *Biotechnology IP & Ethics*, LexisNexis, Markham, 2009, p. 47 ff.; BM Knoppers, Y. Joly, *Our Social Genome?*, in *Trends in Biotechnology*, 2007, vol. 25, p. 284 ff.

¹⁵ See: S. Sterckx, *European Patent Law and Biotechnological Inventions*, in S. Sterckx (edited by), *Biotechnology, Patents and Morality*, Ashgate Publishing, Farnham, 1997, p. 1 ff.

¹⁶ The public reaction to the use of rDNA in genetic engineering has been mixed. The production of medicines through the use of genetically modified organisms has been generally welcomed. However, critics fear that the disease-producing organisms used in some experiments may develop extremely infectious forms that could cause epidemics worldwide. On this point, see: K. Deuschle *et al.*, *Genetically encoded sensors for metabolites*, in *Cytometry Part A*, 2005, vol. 64, no. 1, p. 3 ff.

¹⁷ On this point, see: F. Vandenabeele, *Patentability of Living Organisms: Legal and Ethical Aspects of the Question*, McGill University, Montreal, 2005, p. 68; B. Hoffmaster, *The Ethics of Patenting Higher Life Forms*, in *Intellectual Property Journal*, 1988, vol. 4, p. 1 ff.

¹⁸ See: B. Hoffmaster, *The Ethics of Patenting Higher Life Forms*, cit., p. 1 ff. With regard to the debate between positions contrary and in favor of human genetic engineering, and the relative patentability, see also: A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, cit., p. 37 ff.

III. CIRCULATION OF REPRODUCTIVE MATERIALS, SURROGATE MOTHERHOOD AND LIMITS TO EXPLOITATION

Human genetic engineering includes a series of profiles relating to the modifications artificially introduced into the genetic information of human cells through the insertion of other genetic information. Among them, the profile relating to stem cells and reproductive tissues from the female body is particularly interesting here: oocytes, embryos, fetal tissue and umbilical cord blood, with the related increasingly widespread circulation and industrial use phenomena of themselves¹⁹.

The demand for embryonic stem cells has already led to a growing demand for oocytes for in vitro fertilization treatments and for further technological developments related to the application of genetic engineering to reproduction. Thus, the sale of reproductive materials has become an attractive option for women living in the poorest economies²⁰.

Some scholars state that, in order to give life to them, the woman puts in place a "working" activity through various forms of commitment: respect for the procedure, self-care, taking drugs, risk *in vivo* and the transformation of one's body. With this in mind, women's production of the aforementioned reproductive materials, particularly in the poorest countries, is considered likely to give rise to forms of exploitation of female labor²¹.

¹⁹ In this regard, see: S. Shrestha, Genetically Modified Organisms and Human Genetic Engineering: How Should National Policy-Makers Respond to Perceived Risks Beyond National Borders?, cit., p. 5; PR Brezina, N. Ning *et al.*, Recent Advances in Assisted Reproductive Technologies, in Current Obstetrics and Gynecology Reports, 2012, vol. 1, no. 4, p. 166 ff.

²⁰ In this regard, see: D. Dickenson, Commodification of Human Tissue: Implications for Feminist and Development Ethics Commentary, in Developing World Bioethics, 2002, vol. 2, no.1, p. 55 ss.; C. Waldby, Melinda Cooper, From Reproductive Work to Regenerative Labor: The Female Body and the Stem Cell Industries, in Feminist Theory, 2010, vol. 11, no. 1, p. 13. With regard to fetal material collected from abortions, even in countries where there is strict regulation, and even more evidently in developing countries, women often remain lacking in knowledge on the use of their fetal material for research purposes; on this point, see: N. Pfeffer What British Women Say Matters to Them about Donating an Aborted Fetus to Stem Cell Research: A Focus Group Study, in Social Science & Medicine, 2008, vol. 66, no. 12, p. 2544 ff.; C. Waldby, Melinda Cooper, From Reproductive Work to Regenerative Labor: The Female Body and the Stem Cell Industries, cit., p. 7 ff. A recent study conducted in India found that hospitals advertise female abortion through risky procedures, taking advantage of cultural preference for male offspring. Subsequently, they retain aborted female fetuses which, to the patient's knowledge, are intended for further research, but in reality for hospitals they represent a *business* of selling reproductive material (see: M. Mies, Patriarchy and Accumulation on a World Scale, Zed Books, London, 2014, 3rd edition, especially p. 151).

²¹ Thus, among others: L. Del Savio, G. Cavaliere, The problem with commercial surrogacy. A reflection on reproduction, markets and labor, in BioLaw Journal, 2016, no. 2, p. 73 ff.; C. Waldby, Melinda Cooper, From Reproductive Work to Regenerative Labor: The Female Body and the Stem Cell Industries, cit., p. 3 ff.

In this sense, it is noted that a large number of countries do not regulate these areas of transaction, giving way to a global market whereby multinationals can buy reproductive material at low prices and sell them for profit, giving rise to a sort of "reproductive tourism"²².

In recent years, in particular, there has been a notable growth in the use of gestation carried out, on behalf of a parent or a pair of client parents, by a woman who is or is not also a donor of the oocyte²³. Despite the concrete difficulties in data collection, the Permanent Bureau of The Hague Conference has noted the exponential growth in the use of this practice, highlighting how the estimates can only be undersized compared to reality.

What emerges is that with the tightening of the rules on transnational adoption and the progress of medicine there has been an increase in the demand for surrogate motherhood in general²⁴. Consequently, a series of fundamental legal issues related to this practice have emerged, including in particular the determination of kinship, the civil status of the child, the nationality of the child, the right to family life, the commercial exploitation of the human body and the commodification of the child²⁵.

While in the traditional surrogacy, or by conception and gestation, the woman who completes the pregnancy is also a donor of the female gamete, in the surrogacy by gestation alone, or in the

²² See: GKD Crozier, D. Martin, How to address the ethics of reproductive travel to developing countries: a comparison of national self-sufficiency and regulated market approaches, in *Developing World Bioethics*, 2012, vol. 12, no. 1, p. 45 ff.; R. Prasad, *The Fertility Tourists*, cit.; RF Storrow, *Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory*, in *Hastings Law Journal*, 2005-2006, vol. 57, p. 295 ff.; G. Pennings, *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, in *Journal of Medical Ethics*, 2002, vol. 28, no. 6, p. 337 ff.

²³ In this regard, see: S. Allan, *Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change*, Working Paper, May 2014, available online at: <http://ssrn.com/abstract=2431142>; Y. Ergas, *Babies without borders: human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy*, in *Emory International Law Review*, 2013, vol. 27, p. 124 ff.

²⁴ Permanent Bureau of The Hague Conference, *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. N. 3C, March 2014, par. 125 ff., and *Id.*, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. N. 10, March 2012, 16, n. 94; CA Choudhury, *Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation*, Oxford Handbook online in *Law 2016 & Florida International University Legal Studies Research Paper No. 16-18.*, available online at: <https://ssrn.com/abstract=2753783>, p. 3 ss .; S. Mortazavi, *It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, in *Georgetown Law Journal*, 2011-2012, vol. 100, p. 2249 ff.; SR Nilanjana, *Protecting the Rights of Surrogate Mothers*, in the *New York Times*, 4 October 2011, available online at: <https://www.nytimes.com/2011/10/05/world/asia/05iht-letter05.html>.

²⁵ See: European Parliament - Policy Department on Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *Regulating international surrogacy arrangements - state of play*, 2016, available online at: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI\(2016\)571368_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI(2016)571368_EN.pdf), p. 1 ff.

strict sense, the egg is donated by a third woman. In practice, the latter is the most used technique, so the pregnant woman is usually not genetically linked to the child²⁶.

The surrogacy can be altruistic, that is unpaid, with the only exception of the reimbursement of medical expenses incurred by the surrogate mother for the purposes of pregnancy, or commercial, where the payment of an economic consideration to the surrogate mother is agreed between the parties, in addition than to the intermediaries involved²⁷.

In this context, in recent decades we have witnessed the rapid expansion of the markets for transnational surrogate motherhood, in which couples from the most developed countries, to avoid the high costs of their domestic industries and/or legal impediments²⁸, turn to women of the least developed countries to carry children on their own at significantly lower costs²⁹.

Beyond the ethical-legal issues inherent in the surrogacy of motherhood³⁰, it is noted that the transactional dimension accentuates the critical issues of the practice itself, including first of all

²⁶ Since the sperm may also come from a donor, it is possible that the child has no biological link with the aspiring parents. See: NF Bromfield, K. Smith Rotabi, *Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations*, in *Global Social Welfare*, 2014, vol. 1, no. 3, p. 123 ff.

²⁷ See again: The Permanent Bureau of The Hague Conference, *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, cit., par. 139 ff.; CA Choudhury, *Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation*, cit. p. 4 f., and *Id.*, *The Political Economy and Legal Regulation of Transnational Commercial Surrogate Labor*, in 48 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2015, vol. 48, no. 1, p. 42 ff. States that allow only altruistic surrogate motherhood reject the commodification of female reproductive capacity implicated in commercial surrogate motherhood, but the distinction between the two cases is not so evident in practice; see: SR Anleu, *Surrogacy: For Love But Not for Money ?*, in *Gender & Society*, 1992, vol. 6, no. 1, p. 30 ff.

²⁸ Such impediments may consist in the generalized prohibition of resorting to the practice or in various forms of restriction related to the sexual orientation or age of the aspiring parents. See: UR Smerdon, *Crossing bodies, crossing borders: international surrogacy between the United States and India*, in *Cumberland Law Review*, 2008, vol. 39, 15 ss.; M. Mies, *Why do we need all this? A call against genetic engineering and reproductive technology*, in *Women's Studies International Forum*, 1985, vol. 8, no. 6, p. 553 ff., who found that the phenomenon simultaneously produces the risk that women in developing countries are used for commercial purposes by developed countries and companies, and that there is a real market competition which leads developing countries to adopt and try to exploit more permissive laws on the matter, leaving poorer women to bear the weight of marketing their bodies.

²⁹ Traditionally, a privileged destination for these practices had been India. When the country tightened its surrogacy laws, the Indian clinics opened branches or transferred their services to the neighboring country, Nepal, which was free of domestic surrogacy laws. The phenomenon emerged forcefully following the earthquake in Nepal in April 2015, when it was reported that Israel evacuated children leaving surrogate mothers vulnerable and unaided. See: D. Kamin, *Israel Evacuates Surrogate Babies from Nepal but Leaves the Mothers Behind*, in *Time*, April 28, 2015, available online at: www.time.com/3838319/israel-nepal-surrogates; B. Dahal, *Wombs for rent*, in *Nepali Times*, 30 January 2015, available online at: www.nepalitimes.com/article/nation/wombs-toletsurrogacy-nepal.1991.

³⁰ See: Y. Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perceptive*, in *William & Mary Journal of Women and the Law*, 2014, vol. 20, p. 423 ff.

the potential exploitation of the conditions of economic hardship of surrogate mothers³¹. In this perspective, both the importance of global and local inequalities as bases of reproductive tourism are highlighted³², and the impact that practice would have on inequalities contributing to aggravate them³³.

In the same sense, it is therefore stated that even the possible provision in developed countries of strict research laws for the purpose of human genetic engineering, while reproductive material and/or surrogate motherhood can be purchased from less developed countries and with more permissive regulations, it risks leaving unchanged the possibilities of exploitation of the human body on which they are based, more stringent rules should be dictated regarding the cross-border surrogacy, also regarding the transparency of the supply chain³⁴.

Currently, very few countries allow commercial surrogate motherhood, while others allow altruistic surrogate motherhood. Today only India, Nepal, Thailand, Cambodia, Israel, Russia, Ukraine, Mexico, Venezuela, and some States in the United States allow commercial motherhood³⁵.

In some of these systems, moreover, following numerous criticisms and controversies, while commercial surrogate motherhood with respect to local client parents is allowed, bans on

³¹ Thus, among others: G. Labadie - Jackson, *The Reproductive Rights of Latinas and Commercial Surrogacy Contracts*, in *Texas Hispanic Journal of Law & Policy*, 2008, vol. 14, p. 49 ff.

³² In this regard, see: LC Ikemoto, *Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services*, in *Law & Inequality*, 2009, vol. 27, p. 277 ss. ; A. Donchin, *Reproductive tourism and the quest for global gender justice*, in *Bioethics*, 2010, vol. 24, p. 323 ff.

³³ See S. Allan, *Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change*, cit., P. 3; J. Rimm, *Booming baby business: regulating commercial surrogacy in India*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2009, vol. 30, p. 1445 ff.

³⁴ In this sense, see: S. Shrestha, *Genetically Modified Organisms and Human Genetic Engineering: How Should National Policy-Makers Respond to Perceived Risks Beyond National Borders?*, cit., p. 7; C. Wei Teng *et al.*, *An Analysis of Supply Chain Strategies in the Regenerative Medicine Industry*, in *International Journal of Production Economics*, 2014, vol. 149, p. 211 ss. ; P. Glasner, *Banking on Immortality? Exploring the Stem Cell Supply Chain from Embryo to Therapeutic Application*, in *Current Sociology*, 2005, vol. 53, no. 2, p. 355 ss. ; D. Dickenson, *Commodification of Human Tissue: Implications for Feminist and Development Ethics Commentary*, cit., P. 60.

³⁵ See: Wikipedia, *Surrogacy laws by country*, available online at: https://en.wikipedia.org/wiki/Surrogacy_laws_by_country; Cornell Law School International Human Rights Policy Advocacy Clinic and National Law University Delhi, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited? Policy Report Evaluating the New York Child-Parent Security Act of 2017 that Would Permit Enforceable and Compensated Surrogacy*, Cornell Law Faculty Publications, September 2017, available online at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3039011; K. Trimmings, P. Beaumont, *General Report on Surrogacy*, in *Iidd.* (edited by), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 439 ff.

transnational surrogate motherhood have recently been introduced in India, Nepal, Thailand and Cambodia³⁶.

In almost all States that allow commercial surrogate motherhood, the clinic is the first point of contact for the commissioning of parents. The clinic proposes a surrogate mother to provide gestational service, often through brokers who search villages through word of mouth or advertising. In India, clinics also draw up contracts, receive payment from parent clients, perform medical procedures, and regulate and control gestation. The central and perhaps most important aspect of the contract is that the surrogate has no parental rights over the child³⁷.

In India, the problem of widespread illiteracy poses questions about the fairness of the contract. In this sense, it has been argued that some surrogate mothers may not be adequately informed before contracting, thus resulting in vulnerability to exploitation by the more aware contractors. In terms of compensation, according to available data, Indian surrogate mothers can get between \$ 2000 and \$ 35,000³⁸.

In the United States, compensated surrogate motherhood is allowed in a limited number of States, and these are attracting more foreign aspiring parents. Unlike most countries that allow commercial surrogacy, where clinics are the primary referents for the procedure as mentioned, in the United States there are intermediary companies specialized in identifying the surrogate mother, drawing up the contract between the same and would-be parents, and coordinate them

³⁶ In this regard, see among others: K. Naren, Prime Minister Warns Mothers Against Surrogacy in Midst of Ban, Cambodia Daily, 22 February 2017, available online at: <https://www.cambodiadaily.com/morenews/prime-minister-warns-mothers-against-surrogacy-inmidst-of-ban-125583>; R. Abrams, Nepal Bans Surrogacy, Leaving Couples With Few LowCost Options, New York Times, 2 May 2016, available online at: <https://www.nytimes.com/2016/05/03/world/asia/nepal-bans-surrogacy-leaving-couples-with-few-low-cost-options.html>; R. Kumar, India's Surrogacy Tourism Takes a Hit, in Foreign Affairs, 11 December 2015, available online at: <https://www.foreignaffairs.com/articles/india/2015-12-11/indiassurrogacy-tourism-takes-hit>; New Thai Surrogacy Law Bans Foreigners, SBS, 1 August 2015, available online at: <http://www.sbs.com.au/news/article/2015/07/31/new-thai-surrogacy-law-bans-foreigners>. In particular, until 2015 the Indian surrogate mother market was valued at over 2 billion dollars, with a large number of client parents coming from abroad but also a strong internal demand. Since 2002, around 25,000 children would be born to surrogate mothers, and over 350 facilities providing these services; v. : R. Kumar, India's Surrogacy Tourism Takes a Hit, cit.; P. Shetty, India's Unregulated Surrogacy Industry, in *The Lancet*, 2012, vol. 380, no. 9854, p. 1633 ff.

³⁷ See: A. Pande, *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, Columbia University Press, New York, 2014, p. 66 ff.

³⁸ Figures that represent several years of average wages, often providing enough capital to purchase land and a house, and to pay for the surrogate's children. In this regard, see: D. Bhattacharjee, Commercial Surrogacy in India: Bans, "Altruism" and the Women Involved, in *Economic & Political Weekly*, 2016, vol. 51, no. 14, p. 27 ff.; Raksha Kumar, India's Surrogacy Tourism Takes a Hit; UR Smerdon, Crossing bodies, crossing borders: international surrogacy between the United States and India, cit., p. 32.

with the clinic that will provide medical services. As for costs, they can typically range between \$ 60,000 and \$ 150,000³⁹.

Despite these costs, recent reports suggest that the United States has increasingly become a destination that attracts aspiring parents from Europe and China⁴⁰, as they guarantee medical services to provide adequate assistance and the regulation of practice is more reliable than that of other countries⁴¹.

In those eighteen US States where - as in at least forty other countries including India - state regulations have not imposed any protection for surrogates⁴², the surrogate motherhood industry has developed strong basic protections for women who sell gestational services. For example, would-be parents are expected to pay for legal representation, life insurance and surrogate health insurance.

Conversely, the surrogate motherhood industry in India has not been providing similar basic protections for surrogate mothers. Scholars believe that this is because American courts are more accessible, also thanks to the possibility of establishing contingent fees⁴³ - prohibited in India - and sentences are made faster than in Indian courts⁴⁴.

³⁹ See: CA Choudhury, *The Political Economy and Legal Regulation of Transnational Commercial Surrogate Labor*, cit., P. 42 ff.; UR Smerdon, *Crossing bodies, crossing borders: international surrogacy between the United States and India*, cit., p. 32.

⁴⁰ See: C. Fenton-Glynn, *Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements*, in *Medical Law Review*, 2016, vol. 24, no. 1, p. 59 ss.; A. Harney, *Rich Chinese hire American surrogate mothers for up to \$ 120,000 a child*, *The Telegraph*, Sept. 23, 2013, available online at: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/china/10328132/Rich-Chinese-hire-American-surrogate-mothers-for-up-to-120000-a-child.html>; S. Yan, *Chinese are hiring surrogate moms in America*, in *CNN Money*, 23 August 2015, available online at: <http://money.cnn.com/2015/08/23/news/china-us-surrogacy>.

⁴¹ In particular, a number of jurisdictions in the United States have confirmed surrogate maternity contracts, and with sentences such as *Baby M*, *Johnson v. Calvert* and *KM v. EG*, the courts confirmed the rights of aspiring parents over the surrogate mother. In re *Baby M*, 537 A.2d 1227, 1234 (NJ 1988); *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776, 778 (Cal. 1993); *KM v. EG*, 117 P.3d 673, 673 (Cal. 2005).

⁴² On this point, see: Cornell Law School International Human Rights Policy Advocacy Clinic and National Law University Delhi, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, cit., p. 21 ss.; BA Patton, *Buying a newborn: globalization and the lack of federal regulation of commercial surrogacy contracts*, in *UMKC Law Review*, 2010-2011, vol. 79, p. 513 ff.

⁴³ The contingent fee (in the United States), or conditional fee (in England and Wales), is the compensation for the provision of legal services established so that the payment is due only where a favorable result for the customer is achieved.

⁴⁴ Despite being a common law country like the United States, and as in the eighteen American States, the regulation in this matter does not provide protections for surrogate mothers. S. Kalantry, *Regulating Markets for Gestational Care: Comparative Perspectives on Surrogacy in the United States and India*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2018, vol. 27, no. 3, p. 685 ff., who also notes that another explanation of the reason why the Indian surrogate motherhood industry does not offer the same level of surrogate protection compared to the US industry may be found in the greater relative economic inequality between the surrogate and the aspiring parents. in the two countries. In the United States, many businesses in the sector refuse to consider women below the federal poverty line, as contracts with them would be more likely to be invalidated by the courts for reasons of coercion or unawareness. Regarding the negotiation of contracts "in the shadow of the

In the European Union, surrogate motherhood is regulated in various ways in different Member States. Some jurisdictions, such as France, Germany, Italy and Sweden, prohibit both selfless and commercial surrogate motherhood, while others, such as Greece and the UK, allow practice until it is commercial, and still others have adopted very limited rules, or even none, on the subject⁴⁵.

The main legal issues that emerge in the relevant jurisprudence concern mainly the determination of parenthood, marital status, nationality and right to family life of the child, and commercial exploitation of the human body of the surrogate mother and the child himself⁴⁶. Although family law in general and surrogate motherhood in particular are essentially issues of national competence, the European Union has the power to act on aspects with transnational implications⁴⁷.

Numerous refusals to recognize cross-border surrogate motherhood agreements and their consequences have been contested before the European Court of Human Rights for violating the rights of the child to respect for private and family life⁴⁸.

In the *Mennesson and Labassée* cases⁴⁹, it was found that the refusal to recognize foreign birth certificates resulting from international surrogate motherhood agreements resulted in a lower status for the child in French hereditary legislation⁵⁰ and practical difficulties in social security and school education.

The European Court of Human Rights, following its previous jurisprudence dictated by the fundamental principle of the best interest of the child⁵¹, stated that these consequences deriving

law", see: RH Mnookin, L. Kornhausert, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, in *Yale Law Journal*, 1979, vol. 88, no. 5, p. 950 ff. (968).

⁴⁵ See: European Parliament - Policy Department on Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, May 2013, available online at: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)474403), which highlighted which three key issues to be addressed were the certainty regarding the legal parenthood of the minor, the child's right to leave the country of origin, and the the right of the same to reside permanently in the receiving country. See also: *Id.*, *Recognition of Parental Responsibility: Biological Parenthood v. Legal Parenthood, i.e. Mutual Recognition of Surrogacy Agreements: What is the Current Situation in the MS? Need for EU Action ?*, October 2010, available online at: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_NT\(2010\)432738](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_NT(2010)432738).

⁴⁶ See: European Parliament - Policy Department on Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, cit., p. 22 ff.

⁴⁷ Art. 81, par. 3 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

⁴⁸ See art. 8 of the European Convention on Human Rights.

⁴⁹ *Mennesson v. France*, case no. 65192/11, June 26, 2014; *Labassée v. France*, case no. 65941/11, June 26, 2014.

⁵⁰ In contrast to what the Court decided in *Marckx v. Belgium*, case no. 6833/74, June 13, 1979.

⁵¹ Regarding which see, among others: K. Smith Rotabi *et al.*, *Regulating Commercial Global Surrogacy: The Best Interests of the Child*, in *Journal of Human Rights and Social Work*, 2017, vol. 2, no. 3, p. 64 ff.

from the refusal to grant citizenship amounted to a violation of the child's right to privacy. This ruling was recently confirmed in the Foulon and Bouvet cases, where the applicants complained that their children had no right to open a bank account in France because they had been denied French nationality⁵².

With regard to the issue of legal parenting, prohibition States apply their own kinship laws. In the French cases mentioned above and in the Paradiso and Campanelli case⁵³, France and Italy refused to establish a legal relationship between the child and the aspiring parents in application of their national law. Consequently, the European Court ruled that the child's right to respect for private life had been violated, since the lack of filiation would have a negative impact on the formation of the identity of the child and on the child's right to preserve that identity, being therefore incompatible with the principle of the best interest of the child.

Another related question that emerges in similar cases - as noted by the Court in the Paradiso and Campanelli decision - is that concerning the child's right to access information relating to his identity,⁵⁴ therefore including the parent-child relationship and nationality⁵⁵.

A central problem highlighted in the Paradiso and Campanelli case was the removal of the child from his family environment, following the Italian State's refusal to recognize his birth certificate. According to the jurisprudence of the ECHR, the existence of a family life within the meaning of Article 8 depends mainly on the presence of *de facto* ties. Even if the aspiring parents were not considered *de jure* by the Italian authorities as the child's legal parents, they were seen as social parents *de facto*, so a violation of the child's right to family life was found⁵⁶.

⁵² Foulon v. France, case no. 9063/14, 21 July 2016; Bouvet v. France, case no. 10410/14, 21 July 2016.

⁵³ Paradiso and Campanelli v. Italy, case no. 25358/12, 27 January 2015. In Italy, see recently the decision no. 12193/19 of 8 May 2019 of the United Sections of the Supreme Court of Cassation, which denied the recognition of the effectiveness of the foreign court order with which the relationship of filiation between a child born abroad through surrogate motherhood and an aspiring parent was ascertained Italian. The Court, in fact, found obstacles to that recognition in the ban on the substitution of maternity provided for by art. 12, sixth paragraph, of law no. 40 of 2004, qualifiable as a principle of public order, as it is placed to protect fundamental values, such as the human dignity of the pregnant woman and the institution of adoption. The Cassation thus confirmed once again the strong disadvantage for the practice already reiterated even a few months earlier in the Cassation decision Crim. Sec. VI no. 2173/19 of 17 January 2019, which had condemned the natural mother for the crime of entrusting a child to third parties even in the absence of the provision of compensation.

⁵⁴ See: Gaskin v. United Kingdom, case no. 10454/83, 7 July 1989.

⁵⁵ Thus: R. Blauwhoff, L. Frohn, International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law, in C. Paulussen *et al.* (edited by), Fundamental Rights in International and European Law - Public and Private Law Perspectives, Springer, Berlin, 2016, p. 211 ff.

⁵⁶ Being the decision to remove the child from his family environment is an extreme measure that State authorities should have used only as an *extrema ratio*.

According to the jurisprudence of the ECHR, therefore, the refusal to recognize foreign birth certificates of surrogate children amounts to a violation of the child's fundamental right to private and family life due to the consequences that this entails⁵⁷.

In this context, given the differentiated national approaches and the consequent cases of legal uncertainty that arise in this matter, the European Union institutions are wondering about the possibility of intervention at EU level. Currently, the feasible options appear: a) coordination of the effects of the family status conflicts⁵⁸, up to possible interventions aimed at making mutual recognition of family states mandatory; b) the adoption of *soft law* tools and actions support at national level; c) cooperation in ongoing activities on the subject within international organizations⁵⁹.

In the current scenario of absence of an international regulatory framework described so far, in the last few years various hypotheses have been proposed regarding interventions that can provide univocal indications regarding the lawfulness of the practice of surrogate motherhood and/or the legal issues to which it gives rise.

In this debate, according to some, the only necessary action would be to adapt the existing framework for international adoption to cases of transnational surrogacy agreements⁶⁰. According to others, there is a need to develop a separate international tool dedicated to surrogate motherhood⁶¹. In the meantime, work has started in international fora, such as the

⁵⁷ European Parliament - Policy Department on Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Regulating international surrogacy arrangements - state of play, cit., P. 2.

⁵⁸ As for example in the area of succession or in the area of parental responsibility.

⁵⁹ Thus: European Parliament - Policy Department on Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Regulating international surrogacy arrangements - state of play, cit., p. 4 f.

⁶⁰ See for example: C. Thomale, State of play of cross-border surrogacy arrangements - is there a case for regulatory intervention by the EU ?, in *Journal of International Private Law*, 2017, vol. 13, no. 2, p. 463 ff., according to whom accelerated procedures could be put in place when the genetic descent of the children substituted by the aspiring parents can be ascertained or when the legal relationship of an aspiring parent is already established independently, and the aspiring parents could also be put in place at the top of the list of candidates taken into consideration in the adoption process; M. Wells-Greco, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven international publishing, The Hague, 2015.

⁶¹ In this sense, among others: R. Blauwhoff, L. Frohn, *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law*, cit., p. 211 ss. ; K. Trimmings, P. Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford, 2013, and *Iidd.*, *International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level*, *Journal of Private International Law*, 2011, vol. 7, no. 3, p. 627 ff., According to which the primary objectives of a convention should be the development of a system of legally binding rules that should be observed with regard to international surrogacy agreements, a supervision system to ensure that these standards are observed, and a cooperation framework and communication channels between the jurisdictions involved.

intergovernmental organization of The Hague Conference on private international law⁶², or the non-governmental organization International Social Service⁶³.

IV. GENOMIC MEDICINE AND IMPACT ON EVOLUTION: THE CASE OF EMBRYOS WITH MODIFIED DNA

Nowadays, genome modification interventions are possible which allow to structurally modify the genetic material of human beings and other living beings in order to treat diseases or even decide the characteristics of the descendants. Sometimes babies are born with serious pathologies and disorders due to the presence of genetic anomalies at the level of mitochondrial DNA, which can be the result of genetic recombination that occurs at the time of fertilization of the oocyte by the spermatozoon, or be transmitted to who comes into the world from the mother's egg cell⁶⁴.

Currently, in the field of reproductive medicine and genomics in general, interventions are being developed respectively to prevent transmission to the unborn child or to treat an increasing number of diseases of mitochondrial or subsequent origin in the adult patient⁶⁵. Genetic modification in humans, today in particular through CRISPR technologies, is now part of the tools available to researchers and is increasingly used⁶⁶.

⁶² In 2015, The Hague Conference on Private International Law, an intergovernmental organization with 80 members, including all EU Member States and the EU itself, set up a group of experts - so-called The Parentage / Surrogacy Project - to examine private international law issues affecting the status of children, including issues arising from international surrogate motherhood agreements. Among the options under consideration by the experts, there is precisely that of developing a multilateral tool on the subject.

⁶³ Also in 2015, the International Social Institute, a global foundation based in Switzerland created to help families facing cross-border challenges, brought together a group of experts to collaborate in drafting some key principles. The principles indicated so far refer to the main international instruments on the rights of the child, remembering that children are holders of individual rights and need special safeguards that include human dignity, the primacy of the best interests of the child, non-discrimination, prevention the sale and trafficking of the child, the right to registration of birth and nationality and access to one's identity, as well as clear rules on what would happen in the event of violation of the international surrogacy agreement, abandonment of the child, *etc.*

⁶⁴ Since mitochondrial DNA is transmitted to the unborn child only by the woman.

⁶⁵ On the topic, among others, see: T. Ishii, Reproductive Medicine Involving Mitochondrial DNA Modification: Evolution, Legality, and Ethics, in *European Medical Journal Reproductive Health*, 2018, vol. 4, no. 1, p. 88 ff., available online at: <https://www.emjreviews.com/reproductive-health/article/reproductive-medicine-involving-mitochondrial-dna-modification-evolution-legality-and-ethics>; L. Craven *et al.*, Novel reproductive technologies to prevent mitochondrial disease, in *Human Reproduction Update*, 2017, vol. 23, no. 5, p. 501 ss, available online at: <https://academic.oup.com/humupd/article/23/5/501/3885847>.

⁶⁶ Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats, that is short palindrome repeats grouped and separated at regular intervals. CRISPR technologies allow to add, modify or remove genetic or altered material in particular positions in the genome, and are very useful for the development of precise genetic modifications

In different countries there are different cultural conceptions and regulatory approaches regarding the applications and restrictions to be placed on the use of genetic engineering and genomic medicine, but somatic cell gene therapy in humans is already in use in some countries⁶⁷. While a wide bioethical debate has developed in Europe and a complex legal path regarding research and therapy activities on human embryos⁶⁸, in China since April 2015 some researchers have announced that they have applied CRISPR technology to non-viable human embryos⁶⁹. Later, another Chinese research team demonstrated that CRISPR was also effective as a genetic modification tool compared to available human embryos⁷⁰.

In September 2015, a team of British researchers asked for authorization to apply the CRISPR technique in embryos left over from in vitro fertilization donated by their parents, with the aim of studying pre-human embryonic development. In February 2016, the British Human Fertilization and Embryology Authority granted the world's first authorization for research on healthy embryos, both newly formed and up to seven days of development. Furthermore, it clarified that embryos must be destroyed after the experimental process, since it is strictly forbidden to transfer genetically modified embryos to a woman or to use them for other purposes⁷¹.

in different cells, tissues and organisms, including mammals and human embryos. In recent years, they have quickly become accessible for science labs around the world, and data indicate exponential growth in their use. In this regard, see among others: US National Library of Medicine, What are genome editing and CRISPR-Cas9 ?, May 2019, available online at: <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/genomicresearch/genomeediting>; R. Stein, First US Patients Treated With CRISPR As Human Gene-Editing Trials Get Underway, in NPR, April 16, 2019, available online at: <https://www.npr.org/sections/health-shots/2019/04/16/712402435/first-us-patients-treated-with-CRISPR-as-gene-editing-human-trials-get-underway?t=1558452210082>; I. de Lecuona *et al.*, Gene Editing in Humans: Towards a Global and Inclusive Debate for Responsible Research, in *Yale Journal of Biological Medicine*, 2017, vol. 90, no. 4, p. 673 ss.; H. Ledford, CRISPR, the disruptor, in *Nature*, 3 June 2015, available online at: <https://www.nature.com/news/crispr-the-disruptor-1.17673>.

⁶⁷ See, among others: J. Santaló, M. Casado (edited by), Document sobre bioètica i edició genòmica en humans, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2016, available online at: <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08543.pdf>

⁶⁸ For which see below the references included in this paragraph.

⁶⁹ In particular, they reported that the CRISPR system had been able to effectively break down endogenous genes in human trippronuclear zygotes; v. : P. Liang *et al.*, CRISPR / Cas9-mediated gene editing in human trippronuclear zygotes, in *Protein & Cell*, 2015, vol. 6, no. 5, p. 363 ff.

⁷⁰ See L. Tang *et al.*, CRISPR / Cas9-mediated gene editing in human zygotes using Cas9 protein, in *Molecular Genetics and Genomics*, 2017, vol. 292, n. 3, p. 525 ff.

⁷¹ In this regard, see: F. Hirsch, L. Montoliu, ARRIGE: Toward a Responsible Use of Genome Editing, in Z. Koporc (ed.), *Ethics and Integrity in Health and Life Sciences Research*, Emerald Publishing, Bingley, 2019, p. 115 ff. (117 ff.); I. de Lecuona *et al.*, Gene Editing in Humans: Towards a Global and Inclusive Debate for Responsible Research, in *Yale Journal of Biological Medicine*, 2017, vol. 90, no. 4, p. 673 ff.; see also: R.J. Castro, Mitochondrial replacement therapy: the UK and US regulatory landscapes, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2016, p. 1 ff.; A. Nordberg, T. Minssen, A 'Ray of Hope' for European Stem Cell Patents or 'Out of the Smog into the Fog'? : An Analysis of Recent European Case Law and How It Compares to the US, in *IIC*, 2016, vol. 47, no. 2, p. 138 ff.

Also in 2016, the first gene therapy protocol was approved in the United States through the application of CRISPR technology⁷². At the same time, in China, less than a year after the publication of the genetic modification of triploid human embryos, such a technology was introduced to treat serious tumors in patients who did not respond to chemotherapy and without the possibility of donors⁷³.

In November 2018, He Jiankui, then of the Southern University of Science and Technology in Shenzhen, claimed to have altered DNA embryos in such a way as to give unborn children and their descendants resistance to HIV. This germline modification approach involves changing DNA in embryos or sperm or eggs and is prohibited in many countries, including China⁷⁴.

The experiment, applying CRISPR technology, gave birth to twins born last fall, while the arrival of another child on which the same technique was applied has also been announced. The experiment resulted for the researcher in a criminal sentence⁷⁵ and a worldwide condemnation for the premature use of a still defective technique that could adversely affect the development and health of children in unnecessary and unjustified medical intervention⁷⁶.

⁷² See: J. Kaiser, First proposed human test of CRISPR passes initial safety review, in *Science*, June 21, 2016, available online at: <https://www.sciencemag.org/news/2016/06/first-proposed-human-test-CRISPR-passes-initial-safety-review>.

⁷³ See again: J. Santaló, M. Casado (edited by), *Document sobre bioètica i edició genòmica en humans*, cit.

⁷⁴ See in particular: Ethical Guiding Principles for the Research of Human Embryonic Stem Cell (人胚胎干细胞研究伦理指导原则 [现行有效]), December 2003; A. Rosemann *et al.*, The regulatory and legal situation of human embryo, gamete and germ line gene editing research and clinical applications in the People's Republic of China, Nuffield Council on Bioethics, May 2017, available online at: <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Background-paper-GEHR.pdf>. Regarding the prohibitions in other countries, in addition to referring below in this paragraph, see: R. Yotova, The Regulation of Genome Editing and Human Reproduction Under International Law, EU Law and Comparative Law, Nuffield Council on Bioethics, June 2017, available for consultation online at: <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Report-regulation-GEHR-for-web.pdf>; UNESCO panel of experts calls for ban on "editing" of human DNA to avoid unethical tampering with hereditary traits, available online at: <https://en.unesco.org/news/unesco-panel-experts-calls-ban-editing-human-dna-avoid-unethical-tampering-hereditary-traits?language=fr>; in doctrine: L. Liao, L. Li, RC Zhao, Stem cell research in China, in *Philosophical Transactions of the Royal Society of London B: Biological Sciences*, 2007, vol. 362, no. 1482, p. 1107 ff., available online at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2435574>; in a critical key: L. Jiang, Will the First Administrative Measure on Clinical Stem Cell Research End the Wild East Scientific Feast?, in *Biotechnology Law Report*, 2016, vol. 35, no. 1, p. 27 ff., available online at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2745233.

⁷⁵ On 30 December 2019, the Shenzhen Nanshan District People's Court sentenced the researcher to three years imprisonment and RMB 3 million fine.

⁷⁶ See in particular: Chinese Academy of Medical Sciences (C. Wang *et al.*), Gene-edited babies: Chinese Academy of Medical Sciences' response and action, in *The Lancet*, December 3, 2018, vol. 393, no. 10166, p. 25 f., available online at: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(18\)33080-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)33080-0/fulltext); Statement by the Council of Europe Committee on Bioethics, Ethics and Human Rights must guide any use of genome editing technologies in human beings, 30 November 2018, available online at: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/-ethics-and-human-rights-must-guide-any-use-of-genome-editing-technologies-in-human-beings->; in doctrine: M. Kwan, Human Gene Editing and Human Rights: An Uncertain

The possibility of using technologies such as CRISPR to correct anomalies and treat genetic diseases raises many ethical-legal questions, which emerged especially in the debate regarding research on embryos and interventions on mitochondrial anomalies of the unborn child⁷⁷.

The first group of questions is that relating to the consequences for the people concerned: the procedures could prevent or cure the onset of very serious diseases caused by mitochondrial anomalies, but some fear the risk of further and unforeseeable damage⁷⁸. A second group of questions concerns the legitimacy of interventions aimed at modifying the genome of the person who will be born or of the one already living, regardless of the effects for it and for future generations. Finally, there is the fear that the procedures for correcting mitochondrial anomalies may have negative consequences not for those who will come into the world, but for other people who with the development of these techniques could be discriminated against or penalized.

On the other hand, it is objected that the procedures that allow to modify the mitochondrial DNA of the oocyte will bring benefits not only to people who want to have a child, but also to the person who will be born without being sentenced to a life of suffering or death due to mitochondrial abnormalities. According to this view, the risk that these interventions aggravate the anomalies or produce different ones does not appear particularly significant, considering the most recent experiments conducted on animals and embryos that seem to confirm the safety of these interventions⁷⁹.

Future, in Human Rights Series, 2019, available online at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364082&download=yes; R. Alta Charo, Germline Engineering and Human Rights, in *American Journal of International Law*, 2018, vol. 112, p. 344 ff.

⁷⁷ See, among others: Nuffield Council on Bioethics, *Novel techniques for the prevention of mitochondrial DNA disorders: an ethical review*, 2012, available online at: http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/2014/06/Novel_techniques_for_the_prevention_of_mitochondrial_DNA_disorders_compressed.pdf; AL Bredenoord, P. Braude, *Ethics of mitochondrial gene replacement: from bench to bedside*, in *British Medical Journal*, 2010, p. 341 ff.; A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, cit., p. 66 ff.

⁷⁸ In particular, regarding issues related to the consequences of transferring genetic material from one oocyte to another to prevent genetic abnormalities in mitochondrial DNA, the major concern is that different portions of DNA - one inherited from the mother, the other taken from the donor and introduced into the oocyte - may cause further diseases in the child himself and in future generations (being germ changes), or modify the expression of nuclear DNA genes, with unrecognizable effects that would emerge only in the future. In this regard, see: Nuffield Council on Bioethics, *Novel techniques for the prevention of mitochondrial DNA disorders: an ethical review*, cit., p. 59; S. Graumann, H. Haker, *Some Conceptual and Ethical Comments on Egg Cell Nuclear Transfer*, in *Politics and the Life Sciences*, 1998, vol. 17, no. 1, pp. 16-18; H. Jonas, *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age*, University of Chicago Press, Chicago, 1985.

⁷⁹ See: Human Fertilization and Embryology Authority, *Third scientific review of the safety and efficacy of methods to avoid mitochondrial disease through assisted conception*, June 2014, available online at:

Further criticisms, again in terms of consequences for the unborn child, draw attention to the fact that those who come into the world will inherit their genome not from two but from three people⁸⁰. To this some scholars reply, recalling the analogy with organ donation, that the donor of an oocyte could not by virtue of this fact be considered a sort of second mother as it will have no affective-educational responsibilities or ties with the child⁸¹.

With regard to the question of the intrinsic illegitimacy of the interventions aimed at correcting the mitochondrial DNA, as the manipulation of the genome they would produce is considered unacceptable⁸², or there is fear of the "slippery slope"⁸³ to which they could give rise compared to further developments even more problematic⁸⁴, the supporters' response is based on the observation that the moral acceptability of such techniques should be assessed not so much with regard to their consequences on the genetic code of the unborn child⁸⁵, as with respect to the foreseeable effects that they will have on its existence.

https://www.hfea.gov.uk/media/2614_third_mitochondrial_replacement_scientific_review.pdf, and *Id.*, Scientific review of the safety and efficacy of methods to avoid mitochondrial disease through assisted conception, April 2011, available online at: http://www.hfea.gov.uk/docs/2011-04-18_Mitochondria_review_-_final_report.pdf; K. Einhardt, DK Dowling, EH Morrow, Mitochondrial Replacement Evolution, and the Clinic, in *Science*, 2013, vol. 341, n. 6152, pp. 1345 s.; M. Tachibana *et al.*, Towards germline gene therapy of inherited mitochondrial diseases, in *Nature*, January 31, 2013, vol. 493, n. 7434, p. 627 sq., And *Id. Et al.*, Mitochondrial gene replacement in primate offspring and embryonic stem cells, in *Nature*, 17 September 2009, vol. 461, n. 7262, p. 367 ss.; D. Cyranoski, DNA-swap technology almost ready for fertility clinic, in *Nature*, 24 October 2012, available online at: <https://www.nature.com/news/dna-swap-technology-almost-ready-for-fertility-clinic-1.11651>. *Contra*: PF Chinnery *et al.*, Correction: The Challenges of Mitochondrial Replacement, in *PLoS Genetics*, 2014, vol. 10, no. 6, available online at: <https://journals.plos.org/plosgenetics/article?id=10.1371/journal.pgen.1004315>.

⁸⁰ In this regard, v.: F. Baylis, The ethics of creating children with three genetic parents, in *Reproductive BioMedicine Online*, 2013, vol. 26, no. 6, p. 531 ff., available online at: [https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(13\)00132-6/pdf](https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(13)00132-6/pdf); F. Taylor, Three-parent embryos for mitochondrial disorders, in *Christian Medical Fellowship Files*, 2013, n. 51, available online at: <http://www.cmf.org.uk/publications/content.asp?context=article&id=26082>; J. Anton, Ethical issues of new techniques to avoid mitochondrial disease, Ethics and Law Advisory Committee (HFEA), June 8, 2011, ELAC (06/11) 1, p. 1 ff.

⁸¹ In this sense: A. Murdoch, IVF and the prevention of mitochondrial DNA disease: the moral issues, in *Bionews*, 3 May 2011, available online at: http://www.bionews.org.uk/page_94023.asp; J. Anton, Ethical issues of new techniques to avoid mitochondrial disease, cit., pp. 7-9.

⁸² See: UK Parliamentary Office of Science and Technology, Preventing Mitochondrial Disease, PostNote n. 431, March 2013, p. 4, available online at: https://www.parliament.uk/documents/post/postpn431_Preventing_Mitochondrial_Disease.pdf; PF Chinnery *et al.*, Correction: The Challenges of Mitochondrial Replacement, cit.

⁸³ In this regard, see: UK Parliamentary Office of Science and Technology, Preventing Mitochondrial Disease, cit., p. 4; A. Stazi, Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience, cit., p. 42 f.; LR Kass, The challenge of bioethics. Life, freedom and defense of human dignity, Lindau, Turin, 2002; J. Habermas, The future of human nature. The risks of a liberal genetics, Einaudi, Turin, 2002.

⁸⁴ Think, for example, of the recent case of Chinese twins with DNA modified through the CRISPR technique which has been referred to above.

⁸⁵ As noted for example: AL Bredenoord *et al.*, Ethics of modifying the mitochondrial genome, in *Journal of Medical Ethics*, 2011, vol. 37, no. 2, p. 97 ff.

Vice versa, it is argued that there is a moral obligation to rectify those genetic anomalies that determine conditions of life harmful to those who will come into the world and that it would be irresponsible, in the name of the right to genetic integrity and an unmanipulated genome, to condemn individuals who will exist to suffer serious diseases⁸⁶.

Finally, with regard to the possible discriminatory effects deriving from the use of these technologies, there has been the concern that they could reduce the social acceptance or moral value of people with genetic problems or anomalies. It is objected that rather than giving up opportunities for the prevention or treatment of genetic diseases, policies should be promoted that favor the acceptance of people affected by them⁸⁷.

Regarding the regulation of the applications of genetic engineering and genomic medicine to the human being, in the United States, although in 2009 President Obama adopted an Executive Order with which he removed the limits to federal funding for cell research embryonic stem cells, since 1996 the Dickey-Wicker Amendment prohibits federal funding for the creation of human embryos for research purposes or for research in which embryos are destroyed⁸⁸, as also reiterated in the National Institute Human Stem Cell Research Guidelines of Health⁸⁹.

⁸⁶ In this sense, see: PN Ossorio, *Inheritable Genetic Modifications: Do We Owe Them to Our Children?*, in AR Chapman, MS Frankel (ed.), *Designing our Descendants. The Promise and Perils of Genetic Modification*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2003, p. 252 ss.; A. Buchanan, DW Brock, N. Daniels, D. Wikler, *From Chance to Choice. Genetics & Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001. See also, regarding the debate on the so called human improvement: DB Resnik, *The Moral Significance of the Therapy – Enhancement Distinction in Human Genetics*, in H. Kuhse, U. Schüklenk, P. Singer (edited by), *Bioethics. An Anthology*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2015 (3rd edition), p. 189 ss.; J. Harris, *Enhancing Evolution: The Ethical Case for Making Better People*, Princeton University Press, Princeton, 2010; J. Savulescu, N. Bostrom (edited by), *Human Enhancement*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

⁸⁷ In this regard, see: J. Harris, *Scientific Research Is a Moral Duty*, in H. Kuhse, P. Singer (edited by), *Bioethics. An Anthology*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 1999, p. 165 ff. Finally, scholars warn about the risk for donor women that the development of the industry linked to the increase in the demand for oocytes that the aforesaid interventions would produce can bring some women in conditions of need to be pushed to sell their oocytes, undergoing several times to hormonal cycles that could compromise their health. With regard to issues related to regulatory approaches and on the topic, see *supra* at previous paragraph.

⁸⁸ *Balanced Budget Downpayment Act*, Pub. L. No. 104-99, § 128, 110 Stat. 26, 34 (1996). In doctrine, see: J. Franz, K. Hiler, *New Developments in Human Gene Editing Face an Ethical and Regulatory Quagmire in the US*, in *Science Friday*, 27 August 2017, available online at: <https://www.pri.org/stories/27.08.2017/new-developments-human-gene-editing-face-ethicaland-regulatory-quagmire-us>; A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, cit., p. 78 ff.

⁸⁹ *National Institutes of Health Guidelines for Human Stem Cell Research*, 74 Fed. Reg. 32,170, 7 July 2009; on the applicability of the Guidelines to CRISPR-based research due to similar ethical issues, see: FS Collins, *Statement on NIH Funding of Research Using Gene-Editing Technologies in Human Embryos*, National Institute of Health, April 2015, available online at: <https://www.nih.gov/about-nih/who-we-are/nih-director/statements/statement-nih-fundingresearch-using-gene-editing-technologies-human-embryos>.

Furthermore, in 2016 the Chamber of Representatives added a further provision in the Consolidated Appropriations Act which prohibits the FDA from recognizing applications for a waiver for the experimental use of a drug or biological product in research where a human embryo is intentionally created or modified to

U.S. researchers can, however, conduct such research if they obtain private funding⁹⁰. Critics of this system argue that allowing private funding of human embryo research diminishes the government's ability to regulate research that could have far-reaching impacts, proposing the lifting of the federal funding ban to give US regulators a greater control power⁹¹.

In Europe, the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine - which is open for signature by all States - established in Article 13 that interventions that seek to modify the human genome can only be undertaken for preventive, diagnostic or therapeutic purposes, and only where their purpose is not to introduce any modification in the genome of the descendants⁹².

With regard to research on human embryos, the European Union Framework Program for Research and Innovation Horizon 2020 reiterated the exclusion of funding for research activities aimed at producing heritable modifications of the human genome, to create human embryos for the stem cell extraction, or to human cloning. On the other hand, the possibility of financing research on human stem cells, both in the adult and embryonic state, is envisaged, depending on

include a heritable genetic modification (Consolidated Appropriations Act, Pub. L. No. 114-113, § 749, 129 Stat. 2242, 2283, 2016).

⁹⁰ National Research Council and Institute of Medicine of the National Academies, *Guidelines for Human Embryonic Stem Cell Research*, The National Academies Press, Washington, 2005, available online at: <https://www.nap.edu/catalog/11278/guidelines-for-human-embryonic-stem-cell-research>; Final Report of the National Academies Human Embryonic Stem Cell Research Advisory Committee and 2010 Amendments to the National Academies Guidelines for Human Embryonic Stem Cell Research, available online at: <https://www.nap.edu/catalog/12923/final-report-of-the-national-academies-human-embryonic-stem-cell-research-advisory-committee-and-2010-Amendments-to-the-national-academies-guidelines-for-human-embryonic-stem-cell-research>.

⁹¹ Commission on Pediatric Research & Commission on Bioethics, *Human Embryo Research*, in *Pediatrics*, 2001, vol. 108, p. 813 ff.; KRW Matthews, S. Tsao, *Contrasting Views on Embryo Research and Funding: A Survey of US Physicists and Biologists*, Rice University's Baker Institute for Public Policy, 2016, available online at: <https://www.bakerinstitute.org/media/files/Research/eb06d8b5/STPPoster-ISSCR2016-Embryo.pdf>. For a broad analysis of the regulatory and institutional framework in the United States, as well as the different reform options, see: T. Tomlinson, *A CRISPR Future for Gene-Editing Regulation: A Proposal for an Updated Biotechnology Regulatory System in an Era of Human Genomic Editing*, in *Fordham Law Review*, 2018, vol. 87, no. 1, p. 437 ff.

⁹² *Human Rights and Biomedicine Convention*, or *Oviedo Convention*, signed in Oviedo on April 4, 1997. Regarding research on human embryos, a first option is to not allow it, as requested by numerous scientists and public interest groups, including UNESCO. Opponents of embryo research argue that, on the one hand, such research is morally inadmissible because of the damage it can cause to human life, at least potential; on the other, it would not be necessary for medical purposes because of the ability to carry out preventive screening on embryos for genetic defects, or for the growing usefulness and relative increasing use in the search for somatic cells instead of embryonic stem cells. On the other hand, advocates of research on human embryos claim that current *in vitro* fertilization procedures do not guarantee that embryos will be free from genetic defects, and that genomic medicine has the potential to prevent disease not only in the unborn child, but also in future generations. On these profiles, see among others: C. Gyngell *et al.*, *The Ethics of Germline Gene Editing*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2017, vol. 34, p. 498 ff.; A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, *cit.*, p. 71 ff.

both the contents of the scientific proposal and the legal context existing in the Member State or in the Member States concerned, subject to indication of the details concerning the licensing and control measures to be taken by the competent authorities of the Member States, as well as the ethical authorizations that will be granted⁹³.

The European Convention on Human Rights and Biomedicine prohibits the creation of human embryos for research purposes⁹⁴. Several Member States, notably Belgium and the United Kingdom, have refused to sign the Convention because they consider it too restrictive.

Belgium, in particular, in 2003 adopted its own regulatory regime on in vitro embryo research⁹⁵, which allows research on them up to the fourteenth day as long as they are useful for therapeutic purposes⁹⁶, and the existing supernumerary embryos are used before producing new ones⁹⁷. From a procedural point of view, a commission was therefore set up to evaluate the proposed research projects involving the use of human embryos and to determine which projects meet the requirements established by law⁹⁸.

In the United Kingdom, based on the Human Fertilization and Embryology Act⁹⁹, the Human Fertilization and Embryology Authority similarly regulates the use of human embryos in research, requiring that researchers - after approval of the application by an ethics committee - obtain a license for each project¹⁰⁰, the research meets one of the purposes of the Embryology Act¹⁰¹, the donors have consented to the donation for research purposes, the embryos involved in the research cannot be implanted in a woman, and the embryos are not allowed to develop beyond the fourteen days. Once a research team submits an application, the HFEA commissions

⁹³ Regulation (EU) no. 1291/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 establishing the research and innovation framework program (2014-2020) - Horizon 2020 and repealing decision no. 1982/2006/EC, art. 19, no. 4; see also: decision no. 1982/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the seventh framework program of the European Community for research, technological development and demonstration activities (2007-2013), art. 6, no. 3.

⁹⁴ G. Pennings *et al.*, Human Embryo Research in Belgium: An Overview, in *Fertility & Sterility*, 2017, vol. 108, p. 96 ff.

⁹⁵ Loi relative à la recherche sur les embryons in vitro, 11 May 2003.

⁹⁶ Therefore excluding actions aimed at other purposes, such as sex selection for non-medical reasons, eugenic practices and reproductive cloning.

⁹⁷ On this point, see: CB Cohen: Use of "excess" human embryos for stem cell research: Protecting women's rights and health, in *Women's Health Issues*, 2000, vol. 10, p. 121 ff.

⁹⁸ See: G. Pennings, New Belgian Law on Research on Human Embryos: Trust in Progress Through Medical Science, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 2003, vol. 20, no. 8, p. 343 ff.

⁹⁹ Issued in 1990 and subsequently amended in 2008 and 2015.

¹⁰⁰ See: E. Callaway, UK Scientists Gain License to Edit Genes in Human Embryos, in *Nature*, February 1, 2016, available online at: <https://www.nature.com/news/uk-scientists-gain-license-to-editgenes-in-human-embryos-1.19270>.

¹⁰¹ That is, increasing knowledge or developing treatments for serious diseases, increasing knowledge of the causes of congenital diseases, promoting progress in the treatment of infertility, *etc.*

peer reviews and performs clinical inspections to ensure compliance with the standards of the Embryology Act, and in case the criteria are met it recognizes a research license valid for up to three years¹⁰².

In Spain, research and experimentation on pre-embryos, as well as on gametes, are authorized provided that a series of specific conditions are respected¹⁰³. In Germany, the production of stem cells from human embryos is banned, but the use for research purposes of embryonic stem cells imported before 1 May 2007 is permitted¹⁰⁴. In Italy, the extraction of stem cells for research purposes from a human embryo is expressly prohibited by law no. 40/2004¹⁰⁵.

Finally, the option of using adult stem cells for research with therapeutic purposes has recently developed¹⁰⁶, which - despite the complexities of their use - appear to offer interesting application potential¹⁰⁷. Still, today it is possible to take stem cells from the umbilical cord and create banks of autologous cells for each newborn, which can be used even after decades¹⁰⁸. In such cases, the sampling must meet the requirements of having therapeutic purposes, not endangering the health of the patient to be treated, and following prior informed consent¹⁰⁹.

In this scenario, in recent years the development of new and more effective genetic engineering techniques and genomic medicine, including in particular the so-called CRISPR, has given impetus to a growing debate about the options for a regulation of similar practices and the increasingly complex issues they give rise to.

¹⁰² Human Fertilization & Embryology Authority, Code of Practice, 2017 (8th edition), par. 200 ff.

¹⁰³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 14 ff.

¹⁰⁴ Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen of 2002, amended in 2008, art. 4.

¹⁰⁵ Law n. 40 of 19 February 2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, art. 13, par. 1-3.

¹⁰⁶ See, for example: Pontifical Academy for Life, Declaration on the production and scientific and therapeutic use of human embryonic stem cells, available online at: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pa_acdlife_doc_20000824_cellule-staminali_it.html.

¹⁰⁷ On the other hand, more and more advanced and effective solutions have developed; in this regard, see: DA Prentice, Successful Standard for Regenerative Medicine, in *Circulation Research*, 2019, vol. 124, no. 6, p. 837 ss.; N. Rajabzadeh et al, Stem cell-based regenerative medicine, in *Stem Cell Investigation*, 2019, vol. 6, no. 19; T.K. Ng et al, Pluripotent Adult Stem Cells: A Potential Revolution in Regenerative Medicine and Tissue Engineering, in D. Bhartiya (ed.), *Pluripotent Stem Cells*, 2013, available at: <https://www.intechopen.com/books/pluripotent-stem-cells>.

¹⁰⁸ In this regard, see at European level: European Group on Ethics in Science and New Technologies, Opinion n° 19 - 16/03/2004 - Ethical aspects of umbilical cord blood banking, available online at: http://ec.europa.eu/european_group_ethics/docs/avis19_en.pdf.

¹⁰⁹ See: A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, cit., P. 92.

In the absence of internationally shared solutions¹¹⁰, important initiatives have come from international forums where scientists, bioethics experts and law scholars discuss the options that allow to promote technological innovation while respecting principles and rules as shared as possible.

In March 2017, the Scientific Advisory Council of European Academies launched a report entitled "Genome editing: scientific opportunities, public interests and policy options in the European Union". The document is a broad summary of the state of the art and the perspectives of genome modification and provides a contribution to the debate on regulatory options.

The proposed approach is based on a rigorous analysis of the benefits and risks of each type of intervention, with particular caution with respect to the interventions on the germ line. In this regard, also considering the effects not only on individuals but also on future generations that will bring genetic alterations and the possibility that biological improvements beyond disease prevention and treatment may exacerbate social injustices or be used coercively, the report states that it would be irresponsible to proceed until the relevant scientific, ethical, safety and effectiveness issues to which they give rise will have been resolved¹¹¹.

Also in 2017, the American College of Medical Genetics and Genomics report entitled "Genome editing in clinical genetics: points to consider" focused on the analysis of the CRISPR system and suggested a number of points to consider regarding the potential clinical application of the genome modification aimed in particular at geneticists, noting among other things that these interventions in the human embryo are premature and should be the subject of a vigorous ethical debate and further refinement of the technological aspects¹¹².

In the same year, a report by the US National Academies of Sciences and Medicine examined the different types of genome modification and indicated a series of principles and recommendations for the conduct and supervision of the ethical-regulatory issues posed by

¹¹⁰ Notwithstanding the recent jurisprudential developments which seem to prefigure at least a possible common western approach on some relevant aspects such as the limits of patentability; see: A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, cit., p. 293 ff.

¹¹¹ European Academies' Science Advisory Council, *Genome editing: scientific opportunities, public interests and policy options in the European Union*, 2017, available online at: http://www.easac.eu/fileadmin/PDF_s/reports_statements/Genome_Editing/EASAC_Report_31_on_Genome_Editing.pdf.

¹¹² ACMG Board of Directors, *Genome editing in clinical genetics: points to consider - A statement of the American College of Medical Genetics and Genomics*, in *Genetics in Medicine*, 2017, vol. 19, no. 7, p. 723 f., available online at: <https://www.nature.com/articles/gim2016195>.

them, leaving open the possibility of expansion following future technological advances and developments in the debate on the subject¹¹³.

In February 2019, following the announcement in November 2018 of the germinal modification experiment that led to the birth of twins with modified DNA, the Chinese government issued a draft regulation that would require national approval for clinical research which involves genetic modification and other "high-risk biomedical technologies"¹¹⁴.

Finally, in March 2019, the World Health Organization Expert Advisory Committee on Developing Global Standards for Governance and Oversight of Human Genome Editing - established in December 2018 after the Chinese experiment that produced babies from genetically modified embryos¹¹⁵ - in addition to say that it is irresponsible for anyone to proceed with the clinical applications of germline modification of the human genome at this time, asked WHO to start working on establishing a central register for genome research, in order to create an open and transparent database on the work in progress on the subject¹¹⁶.

V. FINAL CONSIDERATIONS. LEGAL PLURALISM AND THE CIRCULATION OF MODELS

The cases examined represent clear examples of the complex issues that human genetic engineering gives rise to in today's global scenario characterized by technical-scientific evolution and cross-border mobility, as well as the fundamental relevance of the comparative method for the purposes of their approach.

¹¹³ National Academy of Sciences, National Academy of Medicine, Human Genome Editing. Science, Ethics, and Governance, The National Academies Press, Washington DC, 2017, available online at: <https://www.nap.edu/catalog/24623/human-genome-editing-science-ethics-and-governance>, especially p. 181 ff.

¹¹⁴ See: D. Normile, China tightens its regulation of some human gene editing, labeling it 'high-risk', in *Science*, February 28, 2019, available online at: <https://www.sciencemag.org/news/2019/02/china-tightens-its-regulation-some-human-gene-editing-lbeling-it-high-risk>; D. Cyranoski, The CRISPR-baby scandal: what's next for human gene-editing, in *Nature*, February 26, 2019, available online at: <https://www.nature.com/articles/d41586-019-00673-1>.

¹¹⁵ WHO establishing expert panel to develop global standards for governance and oversight of human genome editing, 14 December 2018, available online at: <https://www.who.int/ethics/topics/human-genome-editing/en>.

¹¹⁶ The Committee invited all those conducting research on the human genome to open discussions with it to better understand technological profiles and current protocols, and help ensure that they meet current best scientific and ethical practices. Over the next two years, the Committee will consult a wide range of stakeholders and provide recommendations for a framework of rules that is sustainable and appropriate for use at international, regional, national and local levels. See: WHO expert panel paves way for strong international governance on human genome editing, 19 March 2019, available online at: <https://www.who.int/news-room/detail/19-03-2019-who-expert-Panel-paves-way-for-strong-international-governance-on-human-genome-editing>.

The circulation of reproductive materials and surrogate motherhood, with the related problems regarding the exploitation of the human body, and genome modification interventions, with the consequent doubts regarding the impact on health and evolution, touch the very essence of the human being and therefore find very different answers in the various systems, according to the cultural, religious, bioethical, constitutional peculiarities, *etc.*

On these issues, therefore, the decisive impact of extra-legal elements on the configuration of the responses of the various regulatory approaches is particularly evident. On the other hand, within the legal framework, there is a constant multilevel dialectic and dynamics, in particular among legislative and jurisprudential formants¹¹⁷, but not only, given the importance of further contributions by instruments such as principles or recommendations dictated by international, transnational or national bodies, opinions of bioethics committees, *etc.*¹¹⁸.

Even in the systems in which absolute prohibitions are foreseen for the practice of surrogate motherhood or genomic modification interventions on embryos, they suffer the effects produced or by internal or external influences at a legal level, for example on the jurisprudential level - think of the aforementioned judgments of the ECHR on surrogate motherhood - or by practices that circumvent regulatory provisions, such as in cases of transnational surrogate motherhood or embryo DNA modification interventions *etc.*, carried out in systems where control and enforcement with respect to these practices are not effective¹¹⁹.

Paradigmatic in this sense was the announcement in November 2018 of the birth of two Chinese twins with modified DNA, which highlighted the problem for the attention of legislators, institutions and experts at a global level, posing a series of complex questions regarding relevant human rights in cases of children born with the use of similar techniques¹²⁰.

¹¹⁷ According to a trend represented through the image of the "pressure" of cases on law; see: C. Harlow, R. Rawlings, *Pressure Through Law*, Routledge, London, 1992.

¹¹⁸ In this regard, see: A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, cit., p. 66 ff.

¹¹⁹ See: M. Kwan, *Human Gene Editing and Human Rights: An Uncertain Future*, cit., p. 1 f.

¹²⁰ For a classification in this sense, see: E. Kleiderman, A. Boily. *BM Knoppers, Genetically Enhanced Minors: Whose Responsibility ?*, in *American Journal of Bioethics*, 2018, vol. 18, no. 6, p. 1 ss. ; M. Kwan, *Human Gene Editing and Human Rights: An Uncertain Future*, cit., p. 2 f., who underlines how children born with these techniques, in particular if they were subsequently monitored by scientists or by the government, or in any case with respect to developments in their relationship life such as for example the practice of sport, can risk to see their rights to human dignity, private and family life, personal and movement freedom, and non-discrimination affected. This, moreover, also recalling considerations on human rights in support of the application of genomic modifications, such as the right to life and the best interest of the child, such as to treat a disease before birth (art. 3 and 6 of the Convention on the rights of the UN child of 1989), or the right to share the benefits of scientific progress (art. 27 UN Universal Declaration of Human Rights of 1948, and art. 15 (b) International Convention on Economic, Social and Cultural Rights of 1966).

On the other hand, even where the legal system takes a partially open approach, for example by regulating altruistic forms of gestation for others, this does not prevent an outward mobility, aimed at overcoming the existing national limits¹²¹. In the States that allow surrogacy, including commercial maternity, then, in addition to the issues related to the fundamental rights at stake, there are regulatory gaps and exploitation risks deriving from the abandonment of the regulation to private contracts between the client parents, the clinic or the intermediary and the surrogate¹²². From a comparative point of view, the phenomena that emerge are those of legal pluralism and the circulation of models¹²³, as expressions of the wide relations between: i) cultural, moral and socio-economic issues; ii) legislative and other regulatory or self-regulatory sources; iii) jurisprudential decisions - which may possibly convey constitutional principles; iv) other soft law rules, also of non-State or non-legal origin (e.g. bioethical or religious) - all of which represent multidimensional but complementary tools that can operate according to the cases in a contrasting or subsidiary way¹²⁴.

Thus, it is necessary to identify, within the models which are considered of greater importance with regard to the aforementioned practices, the legislative and regulatory, but also self-

¹²¹ As in the cases of the United Kingdom and China; see.: C. Fenton-Glynn, *Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements*, cit., p. 59 ff.; S. Yan, *Chinese are hiring surrogate moms in America*, cit.

¹²² In this sense: CA Choudhury, *Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation*, cit., p. 18 f.

¹²³ Regarding which, see *ex multis*: G. Swenson, *Legal Pluralism in Theory and Practice*, in *International Studies Review*, 2018, vol. 20, no. 3, p. 438 ff.; L. Niglia (edited by), *Pluralism and European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013; M. Graziadei, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2009, vol. 10, no. 2, p. 72 ff., available online at: <http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/issue/view/56>; VV Palmer, *Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Law*, in *Louisiana Law Review*, 2007, vol. 67, no. 4, p. 1205 ff., available online at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6210&context=lalrev>; WW Burke-White, *International Legal Pluralism*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, p. 963 ff., available online at: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/961; GR Woodman, *Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1998, vol. 30, no. 42, p. 21 ff. On the relation between legal pluralism and multiculturalism, see: *Theoretical Inquiries in Law*, 2008, vol. 9, no. 2, dedicated to *Legal Pluralism, Privatization of Law and Multiculturalism*, available online at: <http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/issue/view/54>.

¹²⁴ On the complexity of the interpretation of transnational and non-state or non-legal sources in such a scenario, see for all: S. Ferreri, *General Report: Complexity of Transnational Sources*, in *European Review of Private Law*, 2012, vol. 20, no. 1, p. 3 ff. See also: A. Stazi, *Biotechnological Inventions and Patentability of Life. The US and European Experience*, cit., p. 243 ff. With regard to the circulation of the models on body parts disposal or intervention and on surrogacy, see eg: M. Tallacchini, *Medical Technologies and EU Law: The Evolution of Regulatory Approaches and Governance*, in M. Cremona (edited by), *New Technologies and EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 9 ff.; K. Trimmings, P. Beaumont, *Parentage and surrogacy in a European perspective*, in JM Scherpe (edited by), *European Family Law, Volume III. Family Law in a European Perspective*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, p. 232 ff.

regulatory and extra-legal - such as cultural, moral, economic - elements that are key factors with respect to the circulation of the models.

This analysis can also be of great help for balancing the different fundamental rights and interests, individual and public, which coexist in these areas: think of aspects such as personal identity, recognition of parenting and citizenship, authorization or registration of practices, *etc.*¹²⁵. On the other hand, given the considerable differences in sensitivity and approaches with respect to these issues in the various legal systems, it seems unlikely that an instrument of international law or private international law could be adopted to dictate solutions with regard to the most controversial profiles mentioned last.

Rather, as far as surrogate motherhood is concerned, a viable way could be that of an instrument that addresses issues of parenting and citizenship in general and also includes indications on surrogate motherhood: this appears, moreover, the path taken by The Hague Conference¹²⁶.

With regard to genome modification interventions, especially at embryonic level, similarly, the key issues of respect for human rights and the transparency of the activities carried out in this area require international coordination that can at the same time provide guiding principles and develop a mechanism for recording the activities carried out, as prefigured in the initiative underway by the WHO¹²⁷.

In both cases, evidently, the most complex challenges to face are those of balancing fundamental rights and the effectiveness of the tools and provisions adopted, to protect the "good of human life" more at stake today than ever.

¹²⁵ See: C. Fenton-Glynn, *Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements*, cit., p. 69 ff.

¹²⁶ Recalled above at the end of par. III. In this sense, see: CA Choudhury, *Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation*, cit., p. 20.

¹²⁷ See: WHO expert panel paves way for strong international governance on human genome editing, cit. ; for a wish based on a solid analysis of human rights, see: M. Kwan, *Human Gene Editing and Human Rights: An Uncertain Future*, cit., p. 3.

CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DEL
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO
 QUE DESARROLLA LA “ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO”¹.

Yuri Tornero Cruzatt

TABLA DE CONTENIDO:

- I. PREMISA. IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO (ECSM).
- II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.
- III. POSTULADOS TEÓRICOS RECOGIDOS EN LAS SENTENCIAS SOBRE ECSM.
- IV. LA EDUCACIÓN BAJO LOS ALCANCES DE LA ECSM Y OTRAS MATERIAS.
- V. LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA BAJO LOS ALCANCES DE LA ECSM. 6. REFLEXIONES FINALES,

This paper discusses the impact of the concept of “social market economy” within Peruvian legal system , with a focus on judges’ opinions. Among them, it is important to review the ones that have given content and impact on the discussion regarding the influence of certain economic doctrines on law. The first jurisprudential reference is coming from the decisions of the Peruvian Constitutional Court. This body develops constitutional jurisdiction in the form of concentrated control. This court issues “binding precedents” where the jurisprudential line that the other courts and courts have the obligation to follow is determined in a certain way. There is no development at the level of binding precedents on the institute of the “social market economy”, but there are multiple sentences that include this institute.

¹ Yuri Tornero Cruzatt. Phd. En Comparación Jurídica e histórico jurídica por la Università degli studi di Ferrara (Italia), magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM (Lima- Perú). Titulado y egresado por dicha universidad. Docente del curso de Derecho Constitucional Comparado-UNMSM. Ejerce en el Tribunal Constitucional peruano el cargo de Director de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales. El consejo de redacción de la Comparative Law Review ha invitado el autor a publicar el artículo en esta revista.

I. PREMISA. IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO (ECSM).

Dentro del sistema de fuentes clásicas del derecho, se encuentra a la jurisprudencia. Esta se emana de los tribunales y cortes, de ella resulta importante revisar aquella que ha dado contenido y ha tenido impacto sobre la discusión de a qué podemos llamar: “economía social de mercado”.

La primera referencia jurisprudencial es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Este organismo desarrolla la jurisdicción constitucional bajo la forma de control concentrado. Este primer organismo emana “precedentes vinculantes” en donde se fija de manera determinada una línea jurisprudencial que los demás tribunales y cortes tiene la obligación de seguir. No existe desarrollo a nivel de precedentes vinculantes sobre el instituto de la “economía social de mercado”, pero sí sentencias múltiples que incluyen dicho instituto.

Asimismo, en el Perú, donde concurre también además del control concentrado, a su vez, el control difuso, por medio de otra corte de vértice, la Corte Suprema del Poder Judicial, de ella se emana los “plenos casatorios” sobre materias diversas. No existe plenos casatorios que desarrollen la economía social de mercado, aunque sí algunas sentencias de algunas cortes para casos específicos.

De estas dos fuentes jurisprudenciales descritas, de las cortes de vértices, mayor impacto sobre la comunidad jurídica han tenido las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. Ellas, por el modelo sentencias, esto es, que permite citar autores, en materia de “economía social de mercado”, han entrado en diálogo con la doctrina constitucional. En esta, para fundamentar y dar contenido, se trae a colación autores alemanes que han teorizado la economía social de mercado.

Además de estas dos fuentes jurisprudenciales también están los tribunales autónomos o administrativos, tal es el caso del tribunal dedicado a regular la libre competencia del INDECOPI (Instituto de la Libre Competencia y de la Propiedad Intelectual).

Luego, se debe acotar que, en dos normas fundamentales se recogen el término “economía social de mercado” al interior de un capítulo dedicado al régimen económico: una primera, la

Constitución de 1979, y una segunda en la Constitución de 1993. En cada una de ellas se dice lo siguiente:

“Artículo 115. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.” (Ley Fundamental- Constitución de 1979).

Artículo 58°. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. (Ley Fundamental- Constitución de 1993).

Una vez que entró en vigencia la Constitución de 1979 se instaló poco después, el 25 de noviembre de 1982, en la ciudad de Arequipa, a las 18 horas, en un día soleado, en la Pinacoteca del Convento de Santa Catalina, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Se eligió la ciudad de Arequipa conforme ya lo decía la Constitución de 1979: “Artículo 304. El Tribunal de Garantías Constitucionales tiene como sede la ciudad de Arequipa. Excepcionalmente y con acuerdo de la mayoría de sus miembros puede sesionar en cualquier otro lugar de la República”. Se procedió a dicha designación por la contribución jurídica que dicha ciudad aportó a nuestra historia y sigue aportando incluso a nuestra República.

Este organismo pretendió instalar la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra fuente. Prescribió la Constitución de 1979 al respecto: “Artículo 296. El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución. Se compone de nueve miembros. Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia”. (Ley Fundamental- Constitución de 1979). Bajo dicho modelo se casaba resoluciones de los procesos de “amparo” y de “hábeas corpus” y se resolvía las acciones de inconstitucionalidad. Respecto de estas últimas, en ellas se realizaba un control de constitucionalidad de las normas.

La jurisprudencia relativa a la inconstitucional y demás acciones fue escasa, pero relevante en cuanto afrontó el tema de la economía desde la sede jurisdiccional, en especial los últimos años de su existencia como Tribunal. Por esto recibió calificativos de la politización de la justicia.

En tal sentido se puede revisar por ejemplo que, el 29 de enero de 1992, el Expediente 004-005-91-I/TGC declaró la inconstitucionalidad parcial en cuanto al fondo del Decreto Legislativo 651, en la parte que regulaba lo concerniente al transporte colectivo local urbano. Asimismo, declaró que la emisión del Decreto Legislativo 651 había tenido lugar de conformidad con la Ley Autoritativa 25327; y, en consecuencia, declararían infundada la demanda en dicho extremo. El Decreto Legislativo 651 versaba sobre la liberalización del precio de transporte. La regulación del transporte urbano hasta entonces competía a las municipalidades, en el entendido de que se estableciese un equilibrio entre el interés del usuario y la razonable rentabilidad del empresario, dentro de la llamada economía social de mercado².

Otra sentencia relevante es aquella de fecha 10 de marzo de 1992, contenida en el Expediente 008-91-IGC que declaró la constitucionalidad, en cuanto a la forma, del Decreto Legislativo 650 y, en consecuencia, declaraba infundada la demanda en ese extremo. Se declaró la constitucionalidad parcial en cuanto al fondo, y la inconstitucionalidad únicamente de la parte pertinente del artículo segundo, que prescribía «el efecto cancelatorio del pago de la compensación de tiempo de servicios». El Decreto Legislativo 650 trataba acerca de la compensación por tiempo de servicios cancelatorios. El colegiado estuvo compuesto por los magistrados: Centurión Vallejo, León Seminario, Valenzuela Astete, Díaz Valdivia, Samanamud Rubin, Mixan Mass, Núñez del Prado Cruz. Como Relatora Secretaria del TGC actuó María Luz Vásquez Vargas. Se explicaba que «el tribunal como legislador negativo se pronuncia para poder derogar una ley». Fundamentaba dicha decisión en que «si la norma se encuentra fuera los límites de interpretación de la Constitución debe ser declarada su inconstitucionalidad. Es decir la antinomia entre la ley y la constitución se soluciona declarando la preeminencia de la segunda». Sobre el fondo de la cuestión se argumentó que la norma «regula un nuevo régimen de

²Se puede revisar la siguiente fuente, se trata de un libro que estuvo bajo el cuidado de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales - TC en los primeros meses del periodo que tuve a cargo de dicha dirección. Tribunal Constitucional. Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales: procesos de inconstitucionalidad. Lima, 2018, 468 pp. Disponible en: https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/Jurisprudencia%20relevante_2018.pdf

compensación por tiempo de servicios. Este nuevo régimen es una mejor y efectiva garantía porque obliga al empleador a efectuar los depósitos semestrales bajo responsabilidad». Se agregó que «permite la inclusión de las bonificaciones en la remuneración básica»³.

Poco desde de emanada esta última jurisprudencia Alberto Fujimori, el 5 de abril Alberto Fujimori, presidente de la República, cerró el Congreso de la República y tomó las instalaciones de diversas instituciones, medida conocida como el “autogolpe”. Entre dichas instalaciones cerradas, cerró el Tribunal de Garantías Constitucionales. Fue el lunes seguido al anuncio del autogolpe que los militares, por orden de Fujimori, desde tempranas horas de la mañana tomaron las instalaciones de la sede principal de Arequipa del Tribunal de Garantías Constitucionales y no la abandonaron sino muchos años después⁴. Durante el periodo que sigue a dicha toma e implementación del Tribunal Constitucional con la Constitución de 1993, el Secretario General Federico Córdova y la Secretaria Relatora Gabriela Guillén trataron de intermediar para que dicho organismo subsistiera a las reformas del autogolpe, de tal manera que se registra un agradecimiento especial a dichas personas en la formulación del anteproyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Tribunal Constitucional peruano⁵.

Luego, una vez dotado de Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional se instaló el 23 de junio de 1996, a los pocos meses de su instalación se presentó una causa referida a una norma de “interpretación auténtica” expedida por el Congreso de la República, ley bajo la cual, a nombre propio se beneficiaba a Fujimori para una próxima seguida reelección. Por hechos vinculadas a dicha causa el mismo Congreso destituyó a tres magistrados el 29 de mayo de 1997, y a pesar de que funcionó no tuvo el quórum para resolver proceso de inconstitucionalidad. El 21 de noviembre del 2000 tiene su fin el mandato de Fujimori, en medio de escándalos y su renuncia por fax desde Japón. Y recién el 17 de diciembre de dicho año se produce la restitución de los magistrados destituidos.

³Tribunal Constitucional, *Op. Cit.*, p. 49.

⁴ Testimonio personal de Federico Córdova realizado en el marco de la presentación del “Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales: procesos de inconstitucionalidad” que se llevó a cabo en las instalaciones del Colegio de Abogados de Arequipa, en la ciudad de Arequipa, el 28 setiembre del 2018.

⁵ Congreso Constituyente Democrático. Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Para discusión y opinión de la ciudadanía. En: Diario oficial El Peruano- Separata, Lima, viernes 28 de enero de 1994, p. 8. “Reconocimientos. “3) El proyecto reconoce importantes sugerencias contenidas en el anteproyecto de ley del Tribunal de Garantías Constitucionales remitido desde Arequipa por sus funcionarios doctores Gabriela Guillén de Valdivia y Federico Córdova Velasco”.

Con el párrafo anterior se pretende explicar lo siguiente: de los diez años, cinco meses y siete días que duró el régimen de Fujimori, el Tribunal Constitucional funcionó (con sus miembros completos, un año, un mes y seis días. Mientras funcionó con un colegiado incompleto tres años, siete meses y doce días.

En su conjunto, producto de este contexto descrito no se emanó una cantidad de jurisprudencia cuantiosa materia que pueda ser de análisis detallado en materia de procesos de inconstitucionalidad sobre el significado de qué es la economía social de mercado. En efecto, la jurisprudencia relevante para el presente estudio que se presenta versa del año dos mil en adelante.

II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

En la jurisprudencia del Tribunal se han combinado ámbitos del derecho de materia independientes para ser funcionalizados a las máximas de la economía social de mercado. Tal es el caso de combinar “derecho de los pueblos indígenas” y “economía social de mercado”; o también para combinar esta última con el “derecho del consumidor”. Asimismo, se ha tratado de conceptos como “constitución económica”, “principio de subsidiariedad” y lo “social” de la “economía de mercado”. Esta reconoce el modelo como el “mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos” y que incluso reconoce la “igualdad material”, donde afirma: “la economía condiciona”, “establece límites”, y representa esta “condición importante del Estado social y democrático de derecho”, como un modelo “contrario a la planificación central” y como “tercera vía”, donde el Estado tiene un rol, esto se le atribuye la “Función orientadora” y “reguladora” y la “vocación finalista por el bien común del Estado”, la cual está diseñada “en el servicio educación” sobre la base del “principio de subsidiariedad”, poniendo así “límites de la actividad estatal” y cumpliendo un “rol negativo del legislador”, limitando dicha función. Esta se caracteriza afirma la jurisprudencia por la “intervención imperiosa del estado” en especial en los “servicios públicos”; cuyo fundamento está en la “capacidad Impositiva del Estado” esto quiere decir, el “principio de solidaridad” y “dignidad humana” de los “derechos

fundamentales”⁶. Se trata de "Constitución como norma abierta" ante procesos de integración económica⁷.

En dicha orientación el Tribunal reconoce a la “economía social de mercado” desde las fuentes germanas, los representantes del ordoliberalismo; y a partir de ella, o de los seguidores de los juristas que tienen esa premisa desarrolla las diversas materias. El tipo de sentencia del TC le permite un diálogo con la doctrina, y por ende ser extenso en sus citas, como también citar autores diversos. Por ejemplo hace referencia L. Herhård y Alfred Muller Armack, para afirmar que en la ECSM “se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles”⁸. Como también cita a Peter Häberle con la finalidad de afirmar que la economía social de mercado: “es un tertium genus” frente a los modelos económicos” entre “el mero imperio del mercado” o de la contraparte del “puro direccionismo estatal”, el cual “pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre”⁹.

Estas sentencias tienen como base la interpretación de la economía social de mercado sobre los fundamentos de la Constitución de 1993. Es decir, deja de lado la experiencia constitucional de 1979 y aplica más bien los postulados de la primera Constitución citada, que a la fecha incluso está vigente en el ordenamiento jurídico peruano.

El Tribunal presenta a la ECSM como la “tercera vía” por oponerse a la economía de planificación y dirección central, como también la economía del “*laissez faire*”¹⁰, donde el proceso de decisión económica se produce “a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios”¹¹. En la Sentencia TC N.º 0048-2004-PI/TC del TC, considera que la

⁶ Y. Tornero Cruzatt, *La economía social de mercado en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional*, en *Gaceta Constitucional*, Lima, *Gaceta Jurídica*, n 98, 2015, p. 170 [<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/sumariogc98.pdf>].

⁷ E. Espinoza Saldaña Barbera, *Constitución peruana e integración económica ¿es necesario cambiar el texto de 1993 para que la integración progrese?*, en *Advocatus*, Revista editada por los alumnos de la facultad de derecho de la Universidad de Lima, Lima, Talleres Viza, n. 11, enero 2005, p. 392.

⁸ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre del 2003 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>].

⁹ *Ibidem*: “La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo”, P. T. Haberle, *Incursum. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, IV, n. 4, 1997, p. 25.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

economía social de mercado es “el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos”, es aquel que “propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que [...] promueve el despliegue de las iniciativas [...] incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas”¹². Asimismo resalta el rol del Estado, donde a este “le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva”¹³.

Confirmando esta línea jurisprudencia el magistrado del citado Tribunal Álvarez Miranda escribe lo siguiente: “de acuerdo al reconocido Índice de Libertad Económica, elaborado por The Heritage Foundation [...] el Perú alcanzó el puesto 47 siendo considerada como una economía “Moderadamente libre”, quiere decir, para el autor, la ECSM “se erige como una tercera vía, alternativa real al teórico modelo de libre mercado y al desproporcionado intervencionismo estatal”¹⁴.

En otra jurisprudencia, esto es la Sentencia N.º 0008-2003-AI/TC¹⁵, el TC afirma que primordialmente dicho modelo económico está caracterizado por los tres elementos siguientes: i) Bienestar social (empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso); ii) Mercado libre (por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios); iii) Un Estado subsidiario y solidario, (las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales). La considera en síntesis como: “una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social”¹⁶.

III. POSTULADOS TEÓRICOS RECOGIDOS EN LAS SENTENCIAS SOBRE ECSM.

En dicha misma sentencia desarrolla “igualdad material” y “economía social de mercado” bajo los lineamientos de la libre competencia y progreso social: “es representativa de los valores

¹² Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ E. Álvarez Miranda, *Valores esenciales: Libertad económica y dignidad*, en Aa. Vv., S. Abad Yupanqui (Dir.), *TC Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, t. 90, Junio, 2015, p.17.

¹⁵ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

¹⁶ *Ibidem*.

constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho”¹⁷.

Al modelo económico le asegura “crear las condiciones mínimas [...] para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva”¹⁸. Y para “aprehender adecuadamente el contenido y la finalidad del modelo económico” será necesario: “la interpretación interdependiente de la institucionalidad constitucional”, los cuáles serían “la estructura del sistema constitucional económico”¹⁹.

Asimismo, en otra sentencia el tribunal se había preocupado de decir que “la economía condiciona”, “establece límites”²⁰. El TC en una de sus sentencias llega a afirmar que la condicionante del “estado social y democrático de derecho” es el régimen económico, la economía social de mercado, que se encuentra diseñado en la Constitución de 1993. Para el juez constitucional la economía social de mercado asegura “la igualdad material [...] dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”²¹.

La economía social de mercado, para el TC peruano, va ser una “condición importante del Estado social y democrático de derecho”. Para llegar a dicha conclusión parte de una visión holística según la cual “partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro”. Y se va configurar esta bajo ciertos supuestos, donde el primer supuesto, se trata del económico; y los supuestos que siguen van a ser: “busca conciliar los intereses de la sociedad”, que en textos ordoliberales estaba con el término “pacificación”, y el supuesto político “La democracia” que va ser un constitucionalismo renovado, esto es: el “constitucionalismo democrático”²².

A su vez, el Tribunal no sólo ha interpretado adheriendo el régimen económico exclusivamente a la economía social de mercado, sino además ha vinculado ésta la “economía social de mercado” con el “estado democrático de derecho”, en dicho marco se combina los “Principios de los que

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC del 18 de diciembre del 2007 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.html>].

¹⁹ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

²⁰ Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC del 1 de abril del 2005 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>].

²¹ Sentencia del TC N.º 3330-2004-AA/TC del 11 de julio del 2005 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>].

²² Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC.

se deriva la igualdad ante la ley” y “el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado”²³.

Dice al respecto la referida sentencia que los principios de sustentan al Estado peruano y que dan “las características básicas de un Estado social y democrático de Derecho”, de los que se deriva “la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país” se realiza en el “marco de una economía social de mercado, según lo establece el artículo 58.º de la Constitución Política”. Estos principios referidos, dice la sentencia son “de dignidad del hombre, libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales”²⁴. Con esta interpretación el TC atribuye una superioridad al modelo económico frente a estos mismos derechos. Dicho en otros términos sin economía social de mercado se perdería el carácter de “Estado social y democrático de Derecho” de la Constitución.

En otro párrafo dice “no solo para producir riqueza y progreso material, sino para administrar responsablemente el bienestar y el auge económico producidos”²⁵. Que “el mercado tiene una naturaleza instrumental, cual es, estar al servicio del hombre”²⁶. La economía social de mercado es “representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia”²⁷.

Asimismo, el Tribunal ha definido el contenido del “estado social y democrático de derecho”, el cual promueve “la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus objetivos (la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad)”, lo cual está vinculado, y por consiguiente, “exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado”, con “una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal”; y, por otro, la identificación del “Estado con los fines de su contenido social [...] evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social y la iniciativa y propiedad privada”²⁸.

La Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC²⁹ refiere que el Estado Social y Democrático de Derecho tiene dos aspectos; de un lado, “la exigencia de condiciones materiales para alcanzar

²³ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sentencia del TC N.º 0011-2013-PI/TC del 27 de agosto del 2014 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>].

²⁶ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC del 15 de febrero del 2015 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html>].

²⁷ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC .

sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal”; y de otro lado, “la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando que se torne en obstáculos para desarrollo social”³⁰.

En la economía social de mercado el Estado tiene el rol de crear las condiciones económicas³¹. El bienestar social “debe intervenir para corregir las inequidades sociales” para que todos “sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico”³². En dicha perspectiva de la jurisprudencia citada el “Estado debe velar por el bien común”³³.

La Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC³⁴ recoge el concepto de “bien común” en base a la fundamentación en “la Encíclica *Mater et magistra*, según la cual, explica, “en materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social” , es decir, es necesario establecer “un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común”³⁵.

IV. LA EDUCACIÓN BAJO LOS ALCANCES DE LA ECSM Y OTRAS MATERIAS.

El servicio educación también estaría al interior de la “economía social de mercado”, en este sector: “tanto las universidades como los institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a ley, pueden ser promovidos por entidades privadas o públicas”, con el fin de “garantizar el acceso a la educación y asegurar su calidad” como consecuencia del “ejercicio de la libre y estatalmente supervisada competencia (artículo 61) (fundamento 17 de la Sentencia TC N.º 0017-2008-P1/TC)”³⁶.

³⁰ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC.

³¹ Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC .

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Sentencia del TC N.º 0011-2013-PI/TC del 27 de agosto del 2014 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>].

Las condiciones que crea la economía social de mercado pueden incluso desfavorecer al trabajador mediante la eliminación de la prohibición de que empleador pueda unilateralmente rebajar el salario al empleador. Por ejemplo, el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral reconoce la facultad del empleador de “introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”. Asimismo, la Sentencia del TC N.º 020-2012-PI/TC del 16 de abril del 2014³⁷, denominada como “caso de la Ley Magisterial 2”. El TC también menciona a la dignidad humana, es decir, esta sentencia tanto mejoraría la calidad del magisterio de enseñanza como también no afectaría la dignidad humana.

En sus fundamentos 41 a 48 el TC Permite que un contratista pueda, en nombre de la “necesidad de cumplir los objetivos económicos y financieros” o la “necesidad de una reorganización del personal” pueda reducir unilateralmente los salarios. La redacción de dichos párrafo es la siguiente: “la reducción de la remuneración también puede ser adoptada por una decisión unilateral por parte del empleador, particular o el Estado mismo, es decir, sin aceptación previa del trabajador. “necesidad de cumplir los objetivos económicos y financieros”, que implica la “reducción de la remuneración sustentada en la necesidad de reducir el déficit o la escasez a fin de garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado” -o en su caso de una empresa- y “exige que debe existir una relación directa adoptada y la planificación económica perseguida”. Necesidad, explica la sentencia “de una reorganización del personal, que puede incluir la supervisión y reorganización debidamente justificada de la prestación de servicios - públicos esenciales en caso de que sea el Estado- que brinda el empleador”; y que por consiguiente, “la reducción de la remuneración no consensuada no implica una vulneración del principio de progresividad (o de no regresividad) de los derechos sociales”.

Esta sentencia ha sido comentada por Guillermo Boza Pró y Luis Mendoza Legoas quienes explican que “en una reciente sentencia del TC [la referida] se ha resuelto que la reducción unilateral de la remuneración siempre que no suponga un acto de hostilidad equivalente al despido del trabajador, es decir, que no se trate de una “reducción inmotivada de la remuneración” (interpretación “*contrario sensu*” de letra b del artículo 30° de la LPCL [Ley de productividad y competencia laboral]). Asimismo, ya existía un precedente en la Casación

³⁷ Sentencia del TC N.º 020-2012-PI/TC del 16 de abril del 2014 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00020-2012-AI.pdf>].

Laboral N.º 8283-2012-CALLAO³⁸ en la cual “ha considerado que los trabajadores polifuncionales pueden ser asignados a desarrollar múltiples funciones dentro del contexto de reestructuraciones empresariales”³⁹.

Asimismo, este criterio jurisprudencial de reducción unilateral de la remuneración se reitera en la Sentencia de Casación Laboral N.º 489-2015-Lima⁴⁰. Con dicha sentencia se reconoce la vigencia de una norma de los años cuarenta que es la Ley N.º 9463 del 17 de diciembre de 1941, cuyo texto reconoce la reducción de remuneraciones con autorización del trabajador. Otra sentencia del Tribunal ya había tratado la materia sobre la ley en mención, así en la Sentencia del TC N.º 009-2004-AA/TC⁴¹, se reconoció sobre esta ley “la posibilidad de reducir remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N.º 9463, de 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador”. A pesar de lo reciente del caso, la cual debilita la posición del trabajador frente a las crisis económicas, según lo expuesto; no se puede decir que la jurisprudencia peruana sea homogénea: La Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en una reciente sentencia, indica que la Ley N.º 9463 no está vigente porque fue derogada tácitamente por la Constitución de 1979, en efecto, en la Sentencia de Casación N.º 1781-2005-LIMA⁴², se resuelve que la Ley N.º 9463, la cual establece la posibilidad de reducir remuneraciones previo acuerdo con el trabajador no resulta aplicable al caso concreto al considerar que la Constitución de 1979 la derogó tácitamente al proteger de manera adecuada los derechos laborales.

Asimismo el TC afirma la existencia de una “constitución económica” la cual tiene la finalidad de que la actividad económica “sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho”⁴³. Y que dicha constitución económica, y por ende el modelo

³⁸ Poder Judicial - Corte Suprema De Justicia De La República - Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, Casación Laboral N.º 8283-2012-. Callao, del 26 de abril de 2013 [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_jurisprudencia_sistematizada].

³⁹ G. Boza Pró Y L. Mendoza Legoas, *Modificación de condiciones de trabajo en Perú*, en *iuslabor Comparative labor law dossier*, 3, 2014, pp. 33-56 [<http://www.raco.cat/index.php/iuslabor/article/viewfile/285070/372930>].

⁴⁰ Corte Suprema Del Poder Judicial - Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria, Sentencia de Casación Laboral N.º 489-2015-Lima del 7 de junio del 2016 [http://semanaeconomica.com/wp-content/uploads/2016/10/Casaci%C3%B3n-00489-2015_reducci%C3%B3n-de-sueldo-ilovepdf-compressed.pdf].

⁴¹ Sentencia del TC N.º 009-2004-AA/TC del 21 de mayo del 2004 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00009-2004-AA.html>].

⁴² Poder Judicial - Corte Suprema Del Poder Judicial- Primera Sala de Derecho Constitucional y Social, Sentencia de Casación N.º 1781-2005-LIMA, del 21 de marzo de 2007.

⁴³ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

económico concilia “libertad (económica) e igualdad (de participación en los beneficios del mercado)”⁴⁴. Idea reafirmada en la Sentencia N.º 00034-2004-PI/TC.

La jurisprudencia se adhiere a la tesis de la adhesión de la “constitución económica”⁴⁵, que se encuentra al interior de la constitución de 1993, a la ECSM; por consiguiente, se deja lado la tesis de la “neutralidad” del texto constitucional; y más bien, afirma que dicho texto se orienta hacia una “economía social de mercado”. En este tenor, afirma “todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado”⁴⁶.

Los principios de la “constitución económica” constituyen “normas programáticas, mandatos de optimización a cargo del legislador” que se fundamentan, a su vez, en el “deber estatal de promocionar el bienestar general”⁴⁷. En consecuencia, como a su interior de dichos principios está el régimen económico, economía social de mercado, este también a su vez está actuando como un programa legitimado en sede constitucional, y por ende está operando desde la justicia constitucional como un programa político que resuelve controversias de diversa índole. Se trata de un juez fortalecido a pesar de no tener estos mecanismos democráticos, como sí los tienen la instancia política, para tomar decisiones. El cual tiene la capacidad de interpretar qué normas y cuál es el sentido de la Constitución, y por consiguiente declarando la inconstitucionalidad de ciertas normas. Estos principios de la constitución económica terminan por funcionalizar el resto de la constitución hacia fines autoreferenciales del modelo económico.

La jurisprudencia del TC también afirma que es el Estado dentro del modelo económico, el cual cumple plurales funciones⁴⁸ las cuales son: i) Garantizar “asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos; ii) Defender “el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras; iii) Intervenir “subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios; iv) [planificar? Se trataría de un verbo que no quiso explicitar directamente] Formula planes y programas “en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos); v)

⁴⁴ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Sentencia TC N.º 00018-2003-AI del 26 de abril del 2004 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>].

[Legislar] Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.

En la Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC⁴⁹, en ella procura definir el rol “subsidiario” del Estado, y donde este debe mantener “su función garantizadora y heterocompositiva”. Porque en la economía social de mercado existen “deberes específicos”, por parte del privado (dice particulares) “el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social”, mientras que por parte del Estado “el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallas en el desenvolvimiento del mercado.”⁵⁰. En este párrafo la libertad del privado es entendida como un deber, es decir, estaría funcionalizada hacia los objetivos del “Estado económico” (un concepto tácito al interior de esta construcción jurídica). Asimismo, la Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC también trata sobre la subsidiariedad⁵¹. Sin embargo, reconoce una “Intervención imperiosa del estado” para fomentar, cual fin último la competencia, en casos que “la oferta privada resulte inexistente o cuando existiendo sea insuficiente”, en dicho caso por ejemplo, el Estado “es evidente que no sólo está habilitado a intervenir reconstruyendo el mercado, sino que tal intervención resulta imperiosa ante los riesgos que una situación como esta produciría en la población”⁵². Esta afirmación muy especial es seguida por los ordoliberales: la presencia del Estado en la economía para dirigir la competencia. En especial, esto se aplica al tema de los servicios públicos, y en casos que “resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son: i) Su naturaleza esencial para la comunidad; ii) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo; iii) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad; iv) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad”⁵³.

En tal sentido, la jurisprudencia se ha orientado por considerar que en razón de la economía social de mercado se justifica la existencia de una “legislación antimonopólica” y de “desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia^{5[5]”, y orientado al cumplimiento de dichos objetivos “los organismos reguladores y el INDECOPI” tienen un rol}

⁴⁹ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

preponderante, tanto en “la promoción y defensa de la competencia” como en “la protección a los consumidores y usuarios”⁵⁴. Dichas funciones estatales vienen descritas como un “poder-deber” porque el Estado interviene como “garantía” en el establecimiento de las “reglas de juego”⁵⁵.

Existe un grado de poca certeza en las sentencias del TC en lo que respecta a la planificación. En primera acepción el término planificar está vinculado a dirigir, por consiguiente planificar como dirigir la economía, la cual trata de hacer explícita el Juez constitucional. En este sentido, se usa el término pero con gran cautela.

Para evitar la injerencia del Estado afirma que se reserva al privado “el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado” y “con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado”. Y más en específico, la planificación estatal se daría en segundo orden respecto del “rol subsidiario” del Estado en la producción de riqueza económica.

Asimismo afirma que, al individuo viene “garantiza [da] el ejercicio de las libertades patrimoniales”, de ello que la planificación consista en “el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado”⁵⁶. En este contexto, afirma el “rol subsidiario” del Estado en la economía, y por ende la “planificación” es de “responsabilidad de cada persona”⁵⁷, corresponde a la “realización de su proyecto vital en el marco de instituciones políticas, jurídicas y económicas orientadas por el valor de la equidad”⁵⁸.

Asimismo, existiría una “función orientadora”⁵⁹ del Estado, según la cual el Estado se encarga de “formular indicaciones” para la “promoción del desarrollo del país”, donde los agentes económicos “tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios” “a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado”. No es del todo funcionalista porque no dice “deben alcanzar”, pero más bien, sí llega a “orientar” con las formulaciones indicativas un conjunto de iniciativas individuales hacia fines del Estado [económico]⁶⁰.

⁵⁴ Sentencia del TC N.º 1963-2006-PA/TC del 5 de diciembre del 2006 [http://www.crcal.org/eventos/10-03-14/rel_wong/Sentencia_TC_Caso_Dino.pdf].

⁵⁵ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Sentencia del TC N.º 0011-2013-PI/TC del 27 de agosto del 2014 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>].

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC..

⁶⁰ *Ibidem*.

Asimismo en el párrafo que sigue se refuerza la idea que un “Estado fuerte” entendido como “institucional”, según dicha noción el Estado puede realizar correctivos empleando “medios legítimos y razonables”; y por consiguiente, “limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares”⁶¹. La “organización económica” está en un marco de “descentralización” e “independencia” respecto del Estado⁶².

Hoy en día lo importante del servicio público corresponde al Estado, no es la titularidad del mismo sea privado o estatal, sino “garantizar la prestación del servicio” para la “satisfacción de necesidades públicas”, por consiguiente, se trata que: “la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno”. Y por consiguiente subsiste “el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población.”⁶³.

Dentro de la economía social de mercado también llega analizar el poder legiferante del Estado, Se desarrollará tanto del Ejecutivo como del legislativo propiamente dicho, según el Tribunal tiene diversos controles, denomina: “control jurisdiccional”, “control político” y “control ciudadano”. Estos controles están desarrollados bajo un enfoque funcionalista, es decir, en función de “la promoción temporal del desarrollo productivo nacional”. esto es, en función de la “constitución económica” y tácticamente se está preocupando entonces de desarrollar un “Estado económico”. Por ende la “(ampliación) Política legislativa es controlada por diversos mecanismos, esto es el control jurisdiccional, el control político, el control ciudadano”⁶⁴.

En tal sentido, la actividad legislativa del Estado en la economía social de mercado deberá darse teniendo en cuenta “la conveniencia, necesidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la política nacional relativa a la promoción temporal del desarrollo productivo nacional.”⁶⁵. Asimismo, existe un “poder legiferante” del Estado⁶⁶.

En específico, hace referencia que la “política legislativa en materia económica y social” es “conjunto de medidas que adopta el Estado para regular jurídicamente las actividades de producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios; como a la pluralidad de

⁶¹ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC del 18 diciembre del 2007.

⁶² Sentencia del TC N.º 018-2003-AI/TC del 26 de abril del 2004 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>].

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Sentencia del TC N.º 018-2003-AI/TC.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*

previsiones que se adopten para propender a la realización de las posibilidades y la consecución del progreso y el bienestar general de la población.”⁶⁷

El programa económico que opera al interior de la justicia constitucional está diseñado por el “establecimiento de las políticas legislativas en materia económica y social”⁶⁸, lo cual significa “la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes” que tienen por objetivo, en el plano declarativo “el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución” así como “la verificación del principio de igualdad en lo atinente a la elaboración y aplicación de la ley”. En particular, “la consolidación de la igualdad real de oportunidades” en coordinación con en el plano estrictamente programático de conseguir “la obtención del pleno empleo, la extensión del mercado, el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso, la prestación eficaz, eficiente y plenaria de los servicios sociales”⁶⁹.

En ese contexto descrito existe un rol negativo del legislador que consiste en “no interferir irrazonablemente en tales libertades económicas”⁷⁰, y de otro lado, le otorga “un margen de actuación” con la finalidad de “garantizar condiciones materiales de igualdad”⁷¹.

Otro aspecto distinto es el carácter “social” del modelo económico, el cual se mencionaba tanto en la Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC como en la Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC; en ellas caracteriza al interior de la “economía social de mercado”, “lo social”, es decir, explica que este modelo opera como: i) mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados ii) una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos”; iii) una fórmula de “promoción del uso sostenible de los recursos naturales” para “garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”⁷².

La jurisprudencia reconoce una cierta ponderación superior a la ECSM, la describe como ser una “fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un

⁶⁷ Sentencia del TC N.º 018-2003-AI/TC del 26 de abril del 2004 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>].

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC del 1 de abril del 2005 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>].

ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”, cuya idea se fundamenta en el “bien común”, término el cual es “adoptado dentro de una lectura de las encíclicas católicas” y se pone como finalidad para “regulador y catalizador” los “procesos económicos”. Se le atribuye además que las cláusulas de dignidad se orientan a la combinación del principio de igualdad y la economía social de mercado, es decir el mercado acorde al “principio de dignidad humana”⁷³, en otros términos, dice más adelante, es “primordial “integrar” el contenido social de la República (artículo 43° la Constitución) [...] el principio de economía social de mercado (artículo 58°), amén del bien común”⁷⁴.

Se deduce, por consiguiente que, el ordoliberalismo consideraba que la “vida económica (*das Wirtschaftleben*)” coincide con la “constitución económica”⁷⁵. En efecto, la coincidencia entre la vida económica y constitución económica la personaliza el “*homo economicus*” entendido este como un “empresario de sí mismo”⁷⁶ desde el cual se puedan hacer cálculos exactos en sede macroeconómica.

En síntesis, la economía social de mercado ha sido desarrollada copiosamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en diversos ámbitos, pero todos estos ámbitos han perdido autonomía como máximas y más bien están valorados al interior, en función, de la supremacía de un modelo económico autoreferencial. Este acápite ha servido para resumir el contenido de esta, ahora el tema se centrará en algunos aspectos de la misma.

V. LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA BAJO LOS ALCANCES DE LA ECSM

La jurisprudencia del TC trata de encontrar un equilibrio y favorecer en parte a aquellos sujeto que han sido positivizados por el derecho internacional como “pueblos indígenas”. En el fondo no nace sino mantener la diferencia, y mantener aún criterios de diferenciación ontológica, y por consiguiente, en este aspecto la economía social de mercado no consigue la igualdad sustancial que se propone sino sólo mantiene en un ámbito jurídico un “indio permitido”⁷⁷. Asimismo, se

⁷³ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC del 18 diciembre del 2007.

⁷⁴ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

⁷⁵ R. Miccù, *Economia e costituzione: una lettura della cultura giuspublicistica tedesca*, en *Quaderni del pluralismo*, Turin, Giappichelli, 1996, p. 266.

⁷⁶ G. Comisso, *La governance nell'economia sociale di mercato. Una interpretazione foucaultiana*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fs. 1, junio 2015, p. 271.

⁷⁷ Ch. Hale, *Rethinking Indigenous Politics in the Era of the "Indio Permitido"*, en *Report on the Americas*, 2, vol. 38, set-oct, 2004, p. 16.

sostiene bajo una biopolítica orientadas hacia sujetos que fueron marginales al proceso de modernización desarrollado en las grandes ciudades.

En este caso, evocar la categoría del biopoder para describir el modo ordoliberal de dirigir el orden político reducido a orden económico, significa poner en evidencia cómo el liberalismo en cuanto tal no sea una teoría de la libertad sin límites, sino la búsqueda de un equilibrio “entre la búsqueda de beneficio individual y el incremento de la riqueza colectiva” realizado en el ámbito de un contexto que “si se consume libertad es obligada también a producirla, y si la produce es obligada también a organizarla”; por consiguiente, de aquí proviene “la combinación de instancias liberatorias e instancias ordenadoras” a la cual se dedica el poder ordoliberal con “formas de intervención indirecta, no tanto para reprimir con las fuerzas individuales, sino para producirlas y ordenarlas”⁷⁸.

Lo primero que se tiene que explicar es que, de un lado existe la jurisprudencia autónoma sobre derecho de los pueblos indígenas, así como del derecho a un ambiente sano, y de otro lado, existe una jurisprudencia que funcionaliza este derecho en razón de la economía social de mercado.

Existe una discusión respecto si se produjo o no un trasplante jurídico de las normas internacionales que contienen el derecho de la consulta previa. Se puede afirmar de una adopción parcial, mas no total debido a que se adoptó además una norma especial, una ley que regula dicho derecho de manera específica. Esta pregunta también se hace Bartolomé Clavero, y dice: “La cuestión inmediata entonces es la de si la República del Perú lo acepta o se resiste [a los estándares internacionales citados al trasplante]. La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT] es un importante signo de aceptación”⁷⁹. Desde una lectura de derecho constitucional, el citado autor se refiere a dicha adhesión al Convenio referido: “El Tribunal Constitucional [peruano] ha extraído las consecuencias: los “tratados (sobre derechos humanos) no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”; “estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional”; la función interpretativa del planteamiento constitucional, es aquel de la Disposición Final 4 la cual “contiene implícitamente

⁷⁸ A. Somma, *La dittatura dello spread*, op. Cit., p. 59.

⁷⁹ B. Clavero, *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta estándares internacionales*, op. Cit., p. 4.

una adhesión a la interpretación que de los mismos [de los tratados de derechos humanos] hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; asimismo, “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos”, todas ellas y no sólo las que versen sobre caso peruano. Por esta vía se refuerza el valor normativo interno y directo no sólo del Convenio 169, sino también de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La jurisprudencia interamericana al respecto cobra valor constitucional”⁸⁰.

La norma internacional, en especial el Convenio 169 de la OIT, tendencialmente, en dicha sede interna de decisión política del gobierno, a pesar de existir una cláusula constitucional de mecánica incorporación al ordenamiento, por el contrario, no se produjo así, sino más bien se creó una ley específica de consulta previa, por ende, la regla general o declamatoria no es la misma del formante legal de derecho internacional que incluso aquella de derecho interno.

En consecuencia, el citado convenio no sólo informó al derecho interno por la vía legislativa, también lo hizo en el ámbito jurisdiccional. Además de informar al Tribunal Constitucional el Convenio también ha informado al Poder Judicial y a su respectiva jurisprudencia. Es así que, ha reconocido a las rondas campesinas (organizaciones que están en tránsito de la modernidad), como sujetos a los cuáles se les aplica el Convenio referido, y que a partir de la “doctrina legal” (concepto tomado de España para indicar que es una interpretación vinculante) considera, gracias a un “Pleno Casatorio”, que necesariamente los jueces al momento de fallas sobre temas que involucran a dichas organizaciones tienen que tener en cuenta tanto el pluralismo jurídico como el citado Convenio⁸¹.

Para el Tribunal Constitucional, en general, ha establecido en su jurisprudencia que todo derecho puede ser afectado. Esto quiere decir, que todo derecho puede ser limitado pero mientras no se afecte su “contenido constitucionalmente protegido” (“*Wesengehaltsgarantie*”). Este concepto que usa el Tribunal en su diferente jurisprudencia ha sido tomado de la experiencia, a su vez, del Tribunal alemán.

Según este razonamiento, a) De conformidad con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental Alemana la dignidad del ser humano es inviolable, y debe ser respetada y protegida por todos los

⁸⁰ *Ivi*, p. 5.

⁸¹ Y. Tornero Cruzatt, *Reconocimiento, op. Cit.*, p. 211.

poderes estatales. Por consiguiente, por ejemplo⁸² Schwabe explica que en el orden de valores de la “Ley Fundamental la dignidad humana es el valor supremo (BVerfGE 6, 32)”, donde como todas las disposiciones de la Ley Fundamental, “esa declaración de la dignidad del ser humano predomina también sobre el Art. 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental”, en la cual el “Estado no puede mediante medida alguna, ni tampoco mediante una ley, contravenir la dignidad del ser humano o, con base en las restricciones contempladas en el art. 2, párrafo 1”, es decir: “violar la libertad de la persona en su contenido esencial”. De este modo, bajo esta fórmula “la Ley Fundamental garantiza al ciudadano, en forma individual, un ámbito inviolable para la configuración de su vida privada, el cual se encuentra fuera del radio de acción del poder público (BVerfGE 6, 32)”⁸³.

La máxima de la dignidad de la persona ha sido tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional peruano. Este aporte jurídico constituye un elemento teniendo en cuenta del “patrimonio constitucional europeo” el cual es producto del constitucionalismo antifascista desarrollado con posterior a la segunda guerra mundial que ha puesto énfasis justamente en disciplinas que van más allá del mercado, resaltando mecanismos solidarios económicos. Este patrimonio constituye el fundamento del “derecho común europeo solidario” el cual debe diferenciarse del “Derecho Comunitario”: el primero recoge la experiencia constitucional de la postguerra y no se centra, como el segundo sí lo hace en criterios exclusivos de mercado.

Este constitucionalismo antifascista significaría “la obligación de una intervención “perequativo” de los poderes públicos, indispensables para hacer de la sociabilidad un motor de emancipación; en vez que una modalidad a través de la cual promover cooperación y paz social, o más en general el equilibrio del orden propietario y por consiguiente del mercado concurrencial⁸⁴.

Este reconocimiento a la dignidad de la persona ha pasado por distintas formas, por ejemplo, en la constitución de 1979 dice: “artículo 4.-La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Mientras, en la Constitución de 1993 se dice: “artículo 1.- Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

⁸² J. Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes*. México D.C., Konrad - Adenauer – Stiftung, 2009, p. 93.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ A. Somma, *La dittatura dello spread, op cit.*, p. 232.

Sin embargo, en nombre de la reforma del conjunto de la sociedad, en un contexto de enfrentamiento entre el “liberalismo económico” y el liberalismo político”⁸⁵, se pretende la primacía del primero sobre el segundo. Lo cual se traduce a su vez, como se ha evidenciado, que la primacía de la eficiencia económica va tener un mayor valor sobre los derechos sociales reconocidos; de tal manera que, queda en un segundo plano el constitucionalismo de la post guerra frente a las exigencias de eficiencia económica que la economía social de mercado demanda. Bajo este razonamiento expuesto, se reduce el conjunto de derechos contenidos en la Constitución de 1979 y se prefiere un elenco mucho más reducido en la Constitución de 1993. La tensión igual subsiste, por ejemplo en el momento que el Tribunal en su sentencia tiene proximidad al postulado teórico de la dignidad de la persona, tomando de referencia con ello un elemento del patrimonio constitucional de la post guerra, pero finalmente reduce su contenido esencial a favor de la eficiencia económica.

Se trata por consiguiente que, la “*Wesengehaltsgarantie*” y su fórmula interpretativa ha sido adoptado por parte del Tribunal Constitucional peruano. Fórmula que está contenida en el art. 5 del Código procesal constitucional peruano: “artículo 5.- Causales de improcedencia. No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Fíjese en contraste de este principio expuesto, el texto de declarativo de la Constitución italiana en su artículo tercero, que más bien se orienta hacia una posición maximalista del derecho: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”⁸⁶. En este último caso, la regla contenida en el enunciado normativo no pretende sólo un reconocimiento del (núcleo esencial del) derecho, sino incluso el acto de “remover los obstáculos [...] que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos”. En efecto se cumple la máxima de usar el “social” no para alterar la “constitución económica”, sino más bien, para reforzarla. Por el contrario, en la fórmula italiana se busca más bien no sólo reconocer la igualdad formal, esto quiere decir aquella contenida en la fórmula que dice: “todas las personas son iguales

⁸⁵ A. Somma, *Introducción crítica al derecho europeo de los contratos*, Barcellona, Madrid, Marcial Pounds, 2008, p.13.

⁸⁶Constitución italiana art. 3.

ante la ley”, sino incluso ir mucho más allá, de no funcionalizar los derechos según las necesidades y las contingencias del modelo económico, incluyendo sus crisis; sino más bien de, en base al principio de solidaridad tanto horizontal como vertical reclamar el Estado social con la finalidad de afrontar la debilidad social, es decir buscando que el deber público se ocupe de remover las causas de hecho limitan la igualdad⁸⁷.

En la misma línea limitativa se encuentra la técnica del “test de proporcionalidad”, la cual no sólo limita el derecho en cuanto permite su afectación, sino también se trata de una limitación permitida en el tiempo; puesto que da la opción al juez constitucional de restringir un derecho en ciertos momentos y en otros no, según una discrecionalidad interpretativa del contexto. Este test viene explicado en la Sentencia del TC N.º 0027-2006-AI, Colegio de Abogados de Ica vs. Congreso de la República, en su fundamento jurídico 73, dice: “este Tribunal ya se ha pronunciado acerca del desarrollo del Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad)”, indicando que “el test de razonabilidad o proporcionalidad [...] es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través de tres subprincipios: 1) subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2) subprincipio de necesidad; 3) subprincipio de proporcionalidad stricto sensu. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las Sentencias del TC N.ºs 0016-2002-AI y 0008-2003-AI”⁸⁸. Su fundamento reside en que ningún derecho puede ser maximizado, sino que más bien, debe ser ponderado.

La “*Wesengehaltsgarantie*” ha tenido asidero en la jurisprudencia, por ejemplo en la Sentencia del TC N.º 00605-2008-PA/TC⁸⁹ se afirma que, el derecho de propiedad, reconocido por el artículo 2º, inciso 16 de la Constitución, constituye un “derecho fundamental” cuyo “ámbito de protección o contenido”⁹⁰ garantiza a su titular las facultades de uso, disfrute y disposición del bien. En esta línea jurisprudencial se ha construido una fórmula para limitar el derecho de propiedad y otros institutos jurídicos. Así por ejemplo de la posesión se afirma que, “no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional,

⁸⁷ A. Somma, *Economia di razza dal fascismo alla cittadinanza europea*, Verona, Ombre Corte, 2009, p. 134.

⁸⁸ Sentencia del TC N.º 0027-2006-AI del 21 de noviembre del 2007 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/0027-2006-AI.html>].

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Sentencia del TC N.º 00605-2008-PA/TC del 28 de enero del 2009 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00605-2008-AA.html>].

limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos [legales que la ley establece] a través de los procesos ordinarios”⁹¹.

Asimismo, la citada sentencia trata de un “contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta”, lo que importa “i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta”. Al respecto se extiende y dice:

Asimismo, la Sentencia del TC N.º 0022-2009-PI/TC limita el derecho de la consulta previa, la cual a su vez procede del reconocimiento en el derecho interno del Convenio 169 de la OIT. Dicha sentencia respecto del acceso a realizar la consulta afirma: “En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado”⁹².

Sin embargo, el TC reconoce “características esenciales del proceso de consulta” y de ser llevada a cabo esta sin tener en cuenta dichas características “se estaría vulnerando el derecho de consulta”. Por ejemplo, sigue: “la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta”⁹³.

La afectación del derecho de la consulta previa favorece la vigencia del Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, el cual se emana por medio de una delegación de poderes del Congreso de la República (parlamento) a favor del presidente, en el contexto de implementar mediante normativa excepcional reformas que favorezcan la economía social de mercado. En específico, dice el citado decreto “mediante la Ley N.º 29157 el Congreso de la Republica delegó al poder ejecutivo la facultad de legislar determinadas materias” con la finalidad de facilitar la “implementación del Acuerdo Comercial Perú- estados Unidos y el apoyo a la competitividad económica para su

⁹¹ Sentencia del TC N.º 03050-2011-PA/TC del 18 de enero de 2012 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03050-2011-AA%20Resolucion.html>].

⁹² Sentencia del TC N.º 0022-2009-PI/TC del 09 de junio del 2010 [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc01072010-225754.pdf].

⁹³ Sentencia del TC N.º 0022-2009-PI/TC.

aprovechamiento, encontrándose comprendidas la mejora de la inversión privada, la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria”⁹⁴.

Vale la pena llamar la atención de cómo una delegación de facultades puede implementar un nuevo orden en nombre de la emergencia económica, en detrimento del mecanismo democrático y en favor de la concentración de poderes. Este temade por sí solo tiene muchas aristas en el orden constitucional económico. Se caracteriza porque en múltiples ocasiones se usa la normativa excepcional delegada para limitar derechos, que por la vía ordinaria no se consigue.

Roberto Malighetti ha usado un enfoque teórico similar al descrito sobre la excepción, en base a las ideas de Agamben para explicar el tema de las favelas brasileñas afirma: “Operando attraverso politiche di esclusione inclusiva (Agamben 1995, p. 26), costruisce le favelas secondo formule apologetiche, funzionali all’esercizio del dominio: consegna le contraddizioni strutturali al controllo centralizzato dello Stato, riproducendo il funzionamento dei dispositivi del razzismo illustrati da Foucault (1976)⁹⁵. A partir de dicho referente teórico se puede abordar con más sencillez nuestro tema de pueblos indígenas.

Tomando en consideración el concepto de biopolítica de Foucault, el citado profesor afirma: “lo stato di eccezione assume un significato immediatamente biopolitico come struttura in cui il diritto include in sé il vivente attraverso la propria interruzione (Agamben, 2003, p. 12)” Asimismo que: “mentre la legge funziona in termini di individui e di società, cittadini e stato, il dispositivo dell’eccezione colloca la vita biologica al centro della scena politica (Arendt 1958; Agamben, 1995) e agisce in termini di entità generiche ed astratte da identificare, censire, catalogare, curare, riprodurre, proteggere e reprimere”. Esto último nos sirve para abordar más adelante las categorías jurídicas desarrolladas por el TC peruano: “constitución económica” y lo “social” de la economía de mercado.

Reafirmando dicha tesis se plantea que la citada operación: “Specifica le condizioni giuridico-politiche dei rapporti fra Stato e individui: in nome dell’emergenza, i cittadini sono trasformati in semplici corpi, in “astratta nudità dell’essere nient’altro che uomo” (Arendt, 1951, p. 415) o in nuda vita (Agamben, 1995)”⁹⁶. En efecto, afirma que el trato hacia organismos colectivos sería una orientación del “biopotere dell’eccezione” el cual “decide sul valore e disvalore della vita in quanto tale (Schmitt 1921)”. Y mucho más en especial, en el caso de las favelas define: “il

⁹⁴ Y. Tornero Cruzatt, *Entre la emergencia económica y la limitación de los derechos de los pueblos indígenas*, en *Servindi*, Lima, 10 de diciembre del 2015 [<https://www.servindi.org/actualidad/141284>].

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

biopoder clásico del estado territorial de hacer morir y dejar vivir y la estatalización moderna del biológico («hacer vivir o de respingarse en la muerte») sea las formas de la biopolítica contemporánea, designadas por Agamben con la expresión «hacer sobrevivir» (Agamben, 1998, pp. 144-146)⁹⁷.

En esta misma línea teórica, pero ya mucho más específica, Mark Rifkin combina las ideas de Agamben y los derechos de los pueblos indígenas australianos. Por ejemplo, afirma sobre el vínculo entre soberanía y estado de excepción desarrollado por Agamben, dice: «In *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Giorgio Agamben has described this kind of dialectic as the «state of exception,» suggesting that it is at the core of what it means for a state to exert «sovereignty.» Y sobre la centralidad del tema de la soberanía, como aspecto incluso originario de la relación jurídica, explica: «the sovereign decision on the exception is the originary juridico-political structure on the basis of which what is included in the juridical order and what is excluded from it acquire their meaning» (19), and «[i]n this sense, the exception is the originary form of law» (26). What appears as an exception from the regular regime of law actually exposes the rooting of the law itself »⁹⁸.

Estas ideas supra desarrolladas nos muestran cómo es posible que se opere un biopoder bajo formas excepcionales, y en especial que existan ya planteamientos similares al que se esboza sobre la aplicación a un biopoder, en especial sobre a quienes se le denomina pueblos indígenas.

Regresando al caso peruano, un ejemplo de su jurisprudencia de limitación de derechos para fortalecer la economía social de mercado es la Sentencia del TC N.º 0001-2012-PI/TC, conocida como «caso Conga»⁹⁹. En dicho caso el TC opta por una posición centralizadora del poder estatal frente, declarando nula una decisión regional (el gobierno regional de Cajamarca) el cual había pretendido mediante dicha medida defender bajo su propia competencia la salvaguardia del derecho al medio ambiente, en particular proteger ciertas cabeceras de cuencas de afluentes de agua que podrían verse afectadas por una próxima explotación extractiva minera. Alrededor de

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ R. Mark, *Indigenizing agamben rethinking sovereignty in light of the «peculiar» status of native peoples*, en *Cultural Critique* 73, n. 3, 2009 [https://becomingpoor.files.wordpress.com/2013/01/rifkin_indigenizing-agamben.pdf].

⁹⁹ Y. Torno Cruzat, *La continuidad del modelo economía social de mercado frente a la situación del derecho al ambiente sano de los pueblos indígenas en una jurisprudencia peruana*, en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, Bilbao, DEUSTO, n. 12, 2014, p.137.

dichas cuencas manantiales de agua, las comunidades que vivían alrededor de las cuencas de aguas eran comunidades campesinas¹⁰⁰.

Revisando el fallo, en este subyace la forma jurídica del Estado Fuerte, teorizada por los ordoliberales, para el contexto peruano en el aspecto de reforzar el Estado centralista y armonizar su relación con los “cuerpos intermedios”, así como de estos con el individuo, es decir, mientras que la resolución regional sí se pronunciaba sobre un tema de justicia ambiental, el fallo del TC sólo se desarrolla una parte similar en la motivación, no así en la conclusión del fallo. Por consiguiente, al no vincular del razamiento jurídico formulado en los fundamentos y el contenido del fallo, es forzosamente social. En ella el TC expone cómo debe operar la economía social de mercado, y cómo debe ser considerado lo “social” dentro de dicho modelo.

El TC resuelve reforzando la parte orgánica del Estado, descrita como “Estado centralista”, y reduce el tema de justicia ambiental a una cuestión de competencia y jerarquía entre gobierno regional y nacional. Para conseguir propias expectativas sociales de prestigio institucional no vincula el razamiento formulado en los fundamentos (sobre justicia ambiental, descentralismo e institucionalidad débil del Estado), con el contenido del fallo, el cual es muy escueto.

El Tribunal trata de interpretar conjuntamente de un lado, “economía social de mercado”, y de otro lado: derecho al medio ambiente sano; pero la parte de su fallo va tener, que tiene el efecto jurídico de declarar nula la resolución regional en discusión, no va darse por un motivo de justicia ambiental sino por una razón de competencia de funciones. Dicha argumentación sobre cómo se resuelve el caso en concreto se sintetiza en el fundamento octavo de la sentencia, dice ésta: “este proceso de inconstitucionalidad es en esencia un conflicto de competencias, siendo tramitado según lo ordena el artículo 110.º del Código Procesal Constitucional, debido a que la Ordenanza Regional tiene rango legal (art. 200, inciso 4, de la Constitución). El proceso de inconstitucionalidad, como se sabe, es un proceso fundamentalmente objetivo en el que se efectúa un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía (norma constitucional y norma infra-constitucional de rango legal). De ahí que en este tipo de casos se persiga primordialmente la defensa de la Constitución antes que un interés subjetivo (Sentencia del TC 0020-2005-PI/TC y acumulados, fund. 16). Se desea expresar con esto que en el caso en particular, este Tribunal no analizará la legalidad o constitucionalidad de actos administrativos como el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) referido, por no ser competente para ello en el

¹⁰⁰ Ver capítulo I, título 1. Cambio de nombre de comunidades indígenas a comunidades campesinas.

presente proceso, remitiéndose exclusivamente a determinar las competencias establecidas por la Constitución”.

El deber de solidaridad, se considera así, parte del hecho que el TC evidencia la debilidad institucional del Estado y de su rol dentro del proceso de fiscalización de la inversión privada. La sentencia dice: “Este es un aspecto neurálgico, ya que no puede negarse que en varios casos, la ausencia fiscalizadora del Estado ha puesto en evidencia la debilidad institucional del Estado Peruano. En tal sentido, la Administración debe elaborar verdaderos planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales. Y es que de nada sirve tener reglas claras en un contexto en que el problema histórico ha sido la implementación de tales medidas”¹⁰¹.

Habiendo hecho primar el Estado fuerte en el caso concreto, ante próximos escenarios sugiere al Estado que debe ser forzosamente socialmente más expansivo y recuerda a la la inversión privada su responsabilidad social, con ello consigue además reconducir a buen puerto las expectativas de un pronunciamiento firme del TC en materia propiamente de derechos. Con esta sentencia el Tribunal Constitucional se ve, siguiendo la misma línea que la doctrina ordoliberal, a ser forzosamente social.

Explica el TC que dichas reglas de la economía social de mercado se deberían al nuevo contexto favorable por la subida de precios de los metales. Se recuerda que para los ordoliberales el Estado social podía desarrollarse mientras estaba dentro de los confines del mercado. El reclamo a un deber dentro de la tradición liberal no es muy común; sin embargo el TC peruano lo usó con la finalidad de poder conducir reformas dentro del libre mercado.

No es que la institucionalidad tenga un valor de por sí, sino que más bien son las condiciones del momento las que, para mantener el modelo económico requieren que sea socialmente de tal manera, en sentido prospectivo y no así en dirección de resolver sobre el caso concreto. Completamentando con volver a mencionar los principios, que no operan en el caso concreto: desarrollo sustentable, principio de prevención, restauración mejora, precautorio, precautorio, compensación.

Dentro de los deberes el tema de la reparación integral por parte del Estado hacia las víctimas o potenciales víctimas sigue siendo un tema nominativo y por ello no central en el momento de incidir en éste: “en tal sentido, es deber del Estado, brindar la estructura y presupuesto adecuado

¹⁰¹ Sentencia del TC N.º 0001-2012-PI/TC del 17 de abril del 2012 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00001-2012-AI.pdf>].

para que se brinde la orientación legal adecuada a fin de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos. Así, poner a disposición de los ciudadanos no solo información sino asistencia legal gratuita en los casos en donde los bajos ingresos de los pobladores así lo demande. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de considerar los daños provocados de manera integral a fin de, si es que se determinara fehacientemente, ordenar el pago indemnizatorio proporcional a los daños sufridos”¹⁰².

Asimismo, responde el TC asignando deberes las empresas que deben actuar con responsabilidad social: que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales. Ello, recae en principio en la esfera de la empresa, la que debido a su experiencia debe tomar en consideración posibles tensiones con la población de las áreas aledañas. En tal sentido, estas deberían tratar de evitar medidas aisladas y optar por medidas dirigidas a solucionar y prevenir los verdaderos problemas o de la comunidad. Lo que no implica imponer soluciones sino, plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones”. Más adelante el TC ilustra “lo social” va restringido por tres criterios, de manera nominativa: i) Como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados ii) Como cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural” iii) Como fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de vida. En este sentido, “lo social”, al interior de la salvaguardia de la constitución económica, el mercado, va resumido como que “cumpla con sus objetivos esenciales y promueva el Bien Común”, asimismo, se procure la “creación de nuevos proyectos de desarrollo [...] en coherencia con los principios de la economía social de mercado [...] la principio de subsidiariedad solidaridad y de redistribución de la riqueza”¹⁰³.

En efecto, de lo expuesto se puede ver cómo en materia de pueblos indígenas y derecho de ambiente la influencia de la economía social de mercado llega tener una connotación de dar una armonización jurídica manteniendo sujetos diferenciados fuera del alcance de la igualdad ciudadana, reforzando derechos que provienen de trasplante del derecho internacional y favoreciendo un estado fuerte. Asimismo, se ha explicado cómo es forzosamente social en el sentido declarativo, pero es estrictamente limitativo de derechos por medio de la adopción del instituto alemán del contenido constitucionalmente protegido. En este contexto, se ve cómo

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Ibidem.*

particularmente, este derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas es funcionalizado para acrecentar una demanda de reforma del mercado promovida desde el Estado por medio de normativa excepcional.

Como se observa esta fórmula jurídica favoreció a reconocer jurídicamente a organizaciones consideradas bajo un esquema distinto como premodernas como son los pueblos a nivel de la jurisprudencia, circunscribiéndolo como “lo social”; pero limitándolo dentro de un Estado centralizado y preocupado principalmente por realizar reformas desde el Estado del diseño de la economía, todo ello bajo la máxima interpretativa de la economía social de mercado.

La debilidad ontológica de la que parte su normativa expone al sujeto a una constante búsqueda de una igualdad que jamás se consigue, a causa justamente de identificar a la cultura como un elemento estático. El modelo de postmodernidad privilegia la ubicuidad del miedo del diverso, favoreciendo la importación de la mano de obra disciplinada a los fines de crecimiento económico¹⁰⁴.

Asimismo, no se basan en autogobierno externo a la dinámica internacional como pretenden afirmar; sino más bien, están en concordancia y potencializados gracias a un escenario internacional favorable que se sustenta en la cooperación internacional. Por consiguiente, incluso en este aspecto permanecen externos a la unidad decisional que se desarrolla al interior de un Estado, siendo más fácil de influenciar por los criterios emanados por los pareceres de los expertos conocedores de “estándares internacionales” que por las políticas estatales.

Por consiguiente, no se trata que la condición de marginalidad ante la modernidad sea superada, sino que este asuma una propia identidad en los marcos de dicha marginalidad en un nuevo escenario global de mercado, que le reserva un mayor grado de influencia en el escenario internacional producto de la influencia de la cooperación internacional tanto en las Naciones Unidas como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, el tema es mucho más complejo de abordar que el simple marco que sirve de sustento al pluralismo jurídico expuesto. Su vínculo teórico más bien está con las experiencias de Gramsci y Gorla. Tiene precedentes históricos en las ideas del representante del socialismo peruano, José Carlos Mariátegui, quien se inspira justamente en la organización obrera de Italia (mencionado anteriormente por su experiencia sindical en Turín durante la época de Gramsci), llega a

¹⁰⁴ A. Somma, *Economia di razza*, op. Cit., p.118.

considerar que las hoy denominados “pueblos indígenas” también jugaban un rol en el proyecto comunista. Por consiguiente, venía considerado como un marxista no ortodoxo¹⁰⁵, este no confiaba la solución de la problemática a la “concepción liberal, humanitaria, ochocentista, iluminista, que en el orden político de Occidente anima” y que era promovida por la “Liga de los Derechos del Hombre”. Ya que, la acción religiosa sobre la que esta reposaba; si bien se sustentaba en “leyes y providencias muy sabiamente inspiradas” esta normativa “no varió sustancialmente” la suerte de los “indios”¹⁰⁶.

Se recuerda asimismo, que esta jurisprudencia descrita favoreció principalmente las etnias de “la Selva Central del Perú” que es el territorio tradicional de “los pueblos Asháninka, Yánesha y Nomatsiguenga”. Explica un informe de la Comisión de la Verdad, que “estos pueblos indígenas -principalmente los Asháninka - fueron muy golpeados por el conflicto armado interno debido al alto número de víctimas directas, situación que ha exacerbado la exclusión y marginación que han sufrido durante siglos”¹⁰⁷. En efecto, se trataba de organizaciones sociales marginales al proceso de modernización que estuvo desarrollado principalmente, aunque no solo, en la capital del país (Lima).

Se recuerda que la jurisprudencia citada supra, en su conjunto, no se orienta a la igualdad sustancial de los sujetos entre peruanos (como unidad de la política); sino más bien, en evidenciar las diferencias culturales entre ellos; y por consiguiente a partir de dichas diferencias generando diversidades marginales al proceso de modernización, manteniendo asimismo regímenes jurídicos disociados los unos de los otros bajo el amparo del pluralismo jurídico, que si bien es cierto ayuda en evidenciar diferencias; pero en este caso se presta para la primacía del modelo económico frente a los derechos sociales.

VI. REFLEXIONES FINALES

En consecuencia, el ordoliberalismo no consiente poder retirar aquellos obstáculos el libre goce del desarrollo de la persona e incorporar al individuo a la participación democrática de la vida pública; es decir desvaloriza la tradición del constitucionalismo antifascista la cual había

¹⁰⁵J. C. Mariátegui, *El problema del indio*, en *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Biblioteca Amauta, 1928, *Marxists Internet Archive*, 2000, p. 4 [<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2009/Mariategui.pdf>].

¹⁰⁶*Ibidem*.

¹⁰⁷Comisión De La Verdad Y Reconciliación, *Informe Final*, op. Cit, [<http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/con.html>].

considerado a las prestaciones sociales como vehículo de emancipación individual, esta más bien se pierde a favor de una fórmula pacificadora para conservar el orden económico dirigido por el Estado. En efecto, los derechos sociales salvaguardan el orden económico y los derechos civiles y políticos salvaguardan el orden político.

El Tribunal Constitucional peruano por medio de su jurisprudencia sobre la materia de ECSM ha buscado homogenizar criterios de muy diversas materias bajo lineamientos comunes de ordenamiento económico de la sociedad, pero además ha establecido premisas que orientan a los justiciables de qué se entiende por ECSM.

[BOOK REVIEW]

Kazuhide Odaki, **The Right to Employee Inventions in Patent Law. Debunking the Myth of Incentive Theory**, Oxford: Hart publishing, 2018, pp. 203.

Elisa Contu

Employee inventions is a subject of great concern, which involves multiple conflicting interests with strict intertwining of labour law and patent law matters. In particular, the established principle that employers should enjoy the fruits of labour of their employees seems to clash with statutory laws, which in almost all countries require employers to pay a compensation to employee for their inventions, in addition to their salary and benefits. This rule can be interpreted in different ways, but the most plausible explanation is likely to be found in the ‘incentive theory,’ one of the traditional theories on the justification of the patent system. The idea is that a patent fortifies incentives to invent, to undertake challenging and uncertain activities of research: as such, it is an instrument for stimulating the creation of inventions and for enabling ‘innovation.’

This approach appears particularly consistent with the position of independent workers linked to the historical image of the ‘hero-inventor,’ typical of the eighteenth and nineteenth centuries and perfectly represented by Thomas Edison or Alexander Graham Bell. They personify the idea of a lone, individual scientist, who creates inventions thanks to his brilliant talent and who shoulders the main related risks, including financial risks.

Nowadays, the production system has substantially changed, the cases of inventions made by a single inventor alone is the exception and the most part is created by teams of scientists and engineers working in corporations. Inventions are usually the result of the contribution of more actors with different positions, skills and risks, such as employers, employee inventors, employees who are not named as inventors but participate in the invention, middle-level managers, supervisors.

How does the ‘incentive theory’ work in this background? Do employee inventors need of an additional compensation to fortify their motivation to invent? Is it a useful and adequate instrument in order to boost the creation of inventions and also to stimulate innovation?

These are some of the inquiries which Odaki tries to answer, focusing his attention on inventions “made by employees in the course of their normal or specifically assigned duties during working hours using their employers’ resources” (p. 7).

The Author's point is clear in the very title of the book, where he sets the aim of "debunking the Myth of Incentive Theory." It is a myth which has been refined over the years and which has been rarely questioned whether it actually motivates inventors, "it has been taken for granted in the relevant literature of law and economics that money acts as an incentive for employee inventors to invent" (p. 5).

Odaki carries out a comparative study based on a critical, empirical, and pragmatic approach. There is an effort to deconstruct that hard idea, investigating and testing its assumptions.

The book is structured into two parts. The first one is characterized by a multidisciplinary analysis. Considering the various aspects of the issue, the Author refers to psychology and econometric studies and, in particular, to several large-scale empirical surveys, in order to investigate whether monetary rewards have a positive effect on motivation, productivity, and creativity of scientists and engineers and, as a consequence, on the creation of inventions.

The second part examines the ownership of employee inventions in order to understand whether additional compensation required from the employers is to be considered as a payment for the transfer of inventions originally owned by employees. To this purpose, the Author engages into a deep comparative analysis of Common Law and Civil Law jurisdictions with separate attention for academic inventions that are characterized by the absence of a duty to invent as well as by 'academic freedom.'

The work is developed on various levels: a socioeconomic approach is accompanied by a purely juridical one, the perspective moves from particular to general, from the single inventor to the teamwork, from invention to innovation. One of the merits of the Author is not to limit the inquiry to the technical aspects of the norms involved, but to deeply investigate how they work in a specific context, avoiding easy generalizations.

At the beginning of the first part Odaki highlights the peculiarities of employee inventors compared with other employees in companies such as unskilled workers. He underlines the relevance of motivation and creativity in their job, the importance of communication and information sharing in teamwork as well as the role of serendipity and even failures in the innovation process.

In the light of these considerations, social psychology studies are remarkable for having shifted the focus from monetary rewards to other job-intrinsic factors which may increase satisfaction and motivation of scientists and engineers. On these bases, many empirical studies have tried to recognise what influences the most the creation of invention. The Author underlines

contradictions and weakness of the various research projects and dedicates main attention to three of them conducted in Europe, US, and Japan. The results do not necessarily suggest that inventors are completely indifferent to monetary rewards but show that they are “far less important for the vast majority of employee inventors than intangible incentives” (p. 36). The most part of employee inventors is motivated by values intrinsic in inventing. At the same time, econometrics studies produce conflicting results about the relationship between financial incentive schemes and the quantitative production of employee inventions. Even where there seems to be a positive effect it is not clear whether a causal relationship should be recognized. In order to understand why there is not that immediate correlation, Odaki shifts the focus from the subjective standpoint of the individual employee to the ‘organisational context’ of modern companies, where various elements affect the realization of successful inventions, such as serendipity, corporate hierarchy, and teamwork.

In this scenario, the social image of ‘hero-inventors’ has been replaced by that of ‘team-as-hero’ (p. 51), invention is only a part of an innovation process and middle-level managers and supervisors play a central role in allocating economic resources to R&D activities. All this makes the relationship between monetary incentives and employee inventors’ productivity particularly complex. This is mainly true with reference to co-workers who contribute to an important part of the inventive process but are unlikely to be regarded as co-inventors according to the criteria of co-inventorship in each jurisdiction – for example, because they understand the problem but not solve it – and so they are not eligible for inventor remuneration.

Odaki underlines that, even if there is not a clear connexion between distributive norms and inventors’ productivity, compensation schemes have negative effects on job satisfaction and motivation if they are considered unfair. This perception and the related idea of ‘distributive justice’ change according to societal norms, distinguishing between ‘individualist’ and ‘collectivist’ societies. Nevertheless, various empirical studies support the thesis that the present reward system “will adversely affect the teamwork of employee inventors whether in individualist or collectivist societies” (p. 108). In the first case, it may encourage competition between co-workers, may promote secrecy of employee inventors, and other egocentric and opportunistic behaviours, which stifle communication and hinder the pursuit of interdependent tasks. In the second case, it is likely to affect group harmony and solidarity, which are guiding principles of the innovation process in that background.

Coming to the conclusion that financial rewards do not boost the number of inventions produced, Odaki wonders whether they can induce employee to exhibit their creativity, “which determines the quality of the inventions” (p. 85). He deems that monetary rewards are unlikely to encourage the creativity of employee inventors, because, in the current law of employee inventions, the amount of compensation is often linked to the profits gained by employers thanks to the invention and does not match the degree of creativity exhibited by the inventors. Moreover, even if they may have some positive effects, it is useful to take into account an overall assessment and to examine how they affect team process variables, such as internal communication, cohesion, and psychological safety, which greatly influence workplace creativity. As some studies and the comparison with virtuous examples prove, monetary rewards are likely to lead to competition inside a project team, undermine internal communication, affect cohesion as well as they may increase the focus on ‘short-term thinking’ or may encourage unethical behaviours at the sacrifice of the quality of the invention. According to research findings in psychology, creativity is more conditioned by other elements: with reference to the individual inventor it should be better represented by the number of citations received or patent renewal data, whereas with reference to the team it greatly depends on social environmental factors, such as the interpersonal relationship among colleagues and the vision of supervisors and top management.

Since the latest surveys and studies in econometrics and social psychology do not provide support to the incentive theory, the Author’s conclusion is that “the current law on employee inventions is unlikely to encourage the creation of inventions as the legislature intends” (p. 109). In the second part of the book he considers if the justification for additional compensation can be found in the law of inventor ownership.

He analyses the origin of the relative norms and their current application in order to underline that, even in cases where the ownership of employee invention is vested in employees in the principle, the additional compensation is no longer relevant.

Most attention is reserved to the USA jurisdiction, apparently in contrast with the other common law systems, because Article I Section 8 Clause 8 of the Us Constitution assigns to the inventors the exclusive right to their inventions “to promote the progress of science and useful arts.” The author points out that it is doubtful that the principle actually encourages the creation of inventions as it did in the time of the heroic inventor and notes that it has been weakened by legal theories developed by Us Courts in order “to reconcile the constitutional principle with the

reality of R&D performed in companies today” (p. 120). Among them there is the ‘hired to invent’ rule, according to which the employment is justified by invention and by the accomplishment of a specific inventive assignment. In this case, if the employee makes an invention during time of work and in fulfilling his duties, the employers can acquire the invention even in the absence of an express contract and without paying additional compensation. A second rule provides employers with a ‘shop right,’ a non-exclusive, free right to use the invention if it is made by employees during timework and using employers’ resources. Furthermore, in order to avoid the risk of interpretative uncertainty, US employers often require employees to underwrite a ‘pre-invention assignment agreement,’ which generally regards all the inventions realized by the employee, even outside the work contest and sometimes also after termination of employment. These agreements are generally deemed enforceable even in the absence of an additional compensation, finding an adequate consideration in employment itself or in the offer of continued employment when the pre-invention assignment agreement is a condition of employment.

Therefore, despite the patent and copyright clause, American courts now accept that “for the sake of innovation employers own or exploit inventions made by employees without paying additional compensation in principle” (p. 136).

Among other common law countries, England and Wales have progressively affirmed that the employer has the ownership of inventions made in the course of normal duties or duties specifically assigned according to the employment contracts, and an analogous approach has been adopted by the jurisdiction of Australia, New Zealand, Singapore, and Hong Kong. Canadian system is not very different, considering that even if the courts declare that the English approach is not followed and employees initially own inventions made by them, usually the transfer of the invention to the employer does not determine an additional compensation because employment itself is usually considered adequate consideration.

Otherwise, in some civil law countries patent laws have traditionally assumed the ‘inventor principle,’ which hold that only natural persons are able to create inventions and can become the initial owners of them with the consequence that, independently of employment contract, the ownership of inventions is initially vested in the inventor and employers must offer additional compensation to acquire them.

However, today this scheme is no longer applied rigidly and also in Germany and Japan, where it is still formally relevant, it has been virtually undermined.

In Germany, the current Act on Employees' Inventions adopts the inventor principle, accompanied by the 'monopoly theory' which requires the employer to share the monopoly profits attributable to a service invention with the employee inventor, since there is not a different contractual obligation. However, exceptions have been overtime introduced and some guidelines have elaborated a unique legal scheme for calculating additional compensation for 'service inventions' which mitigated the monopoly theory. In Japan the 'inventor principle,' adopted since 1921, has been undermined by the last amendment of the Patent Act in 2015. Although it has not completely overcome the rule of the initial ownership of the inventor, it has introduced a system where employee inventions belong to employers, including universities, "on condition that it has been provided for beforehand in a contract, workplace regulations or other stipulation" (p. 174). If the employer obtains the right in the invention, the employee has the right to receive "a reasonable amount of money or other economic benefits," which are not the payment for the transfer but rather incentives for them. This implies that what employers have to offer to employee inventors does not need to be commensurate with the economic value of employee inventions and "the 'inventor principle' should no longer be a barrier to the abolition of the legal provision for inventor remuneration" (p. 176).

In light of this deep and multidisciplinary analysis, the Author believes that the inventor's remuneration does not boost employee's motivation, productivity, and creativity and produces adverse effects on teamwork. The inventor principle, where present, has been gradually challenged for the sake of innovation and so it does not support the payment of additional compensation. Besides, it is now differently justified and regulated by diverse statutory laws and this determines negative consequences on certainty and for cross-border operations of companies.

Therefore, his thesis, anticipated in chapter 5, is that inventions should belong to employers who should be allowed not to pay compensation in principle "because of (i) the purpose of the patent system to encourage innovation and (ii) the unreasonable profits employee ownership would bring to named inventors" (p. 115).

On the first point, "the incentive theory regarding the patent system holds that incentives are given to enable 'innovation', not just the creation of inventions" (p. 113), which implies the translation of the invention into a useful product available to end users with enormous costs. On the second point, usually employers are in the best position to undergo the whole process of innovation because they have more experience in estimating profits and costs and the

possibility to invest substantial funds in R&D, whereas the most employee inventors have neither the inclination nor the ability to exploit their inventions. Regarding both points, it is necessary to consider who actually bears costs and risks. Given the actual system, the individual inventors play only a part in the process of innovation, usually they do not run any financial risk and do not generate profits without the contribution of the employees who are not named as inventors (114).

About these issues, the Author discusses separately the inventions made by university researchers. Analysing different systems, in particular the 'professor privilege' adopted in Italy and Sweden and the role of Technology Transfer Offices (TTOs) - which manage the right in academic inventions- he notes that there is no evidence that universities are more likely to encourage innovation than academics.

With reference to the distribution of work, risks and profits, academic inventions presume a teamwork among researchers and research facilities provided by universities or external subjects, similarly to what happens in companies. However, the determination of inventorship is made problematic by the principle of 'academic freedom,' by the non-commercial nature of universities, which have traditionally promoted 'open science,' as well as by the absence of a general duty to invent, different from the duty to research. In this scenario, if inventions made by academics belong to universities, the inventors are obliged not to destroy their patentability, and this can imperil their freedom to publish research results and the possibility for other academics to do further research based on the patented technologies. On the other side, if the ownership of inventions is vested in academics there is the risk of misconducts and, in particular, the possibility of a 'conflict of interest' between researchers' individual interests and their role within university. Taking into account these competing positions, Odaki supports the thesis of universities' ownership on academic inventions, "on condition that an academic grace period is introduced to protect their patentability and ensure academics their freedom to publish at the same time" (p. 178).

In conclusion, the Author's theory is that compensation for inventions should not be made mandatory, since it is unlikely to boost the creation of inventions. "Given that most inventions are made in organisations today, it should be clearly recognized that the main purpose of the patent law is now to provide employers with an 'incentive to innovate', which subsumes an 'incentive to invent'" (p. 182-183).

