



**HAL**  
open science

# ¿Es un delito ayudar a los migrantes? La respuesta del consejo constitucional francés desde la perspectiva del principio de fraternidad (Capítulo 14)

Guillaume Tusseau

## ► To cite this version:

Guillaume Tusseau. ¿Es un delito ayudar a los migrantes? La respuesta del consejo constitucional francés desde la perspectiva del principio de fraternidad (Capítulo 14). Elena Bindi; Valentina Carlino. Migracion y derechos: una mirada global desde la frontera, Giappichelli, pp.271-289, 2023, 9791221151701. <hal-04243671>

**HAL Id: hal-04243671**

**<https://sciencespo.hal.science/hal-04243671v1>**

Submitted on 16 Oct 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

## CAPÍTULO 14

# *¿Es un delito ayudar a los migrantes? La respuesta del consejo constitucional francés desde la perspectiva del principio de fraternidad*

*Guillaume Tusseau*<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La consagración de un nuevo parámetro eficaz del control de constitucionalidad. – 3. La producción judicial de normas legislativas. – 4. Los límites de la comunicación judicial.

### **1. Introducción**

El 12 de diciembre del 2018, la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación anuló parcialmente una sentencia del Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence del 11 de septiembre del 2017, y remitió el caso y a las partes al Tribunal de Apelación de Lyon.<sup>2</sup> Presentarla de manera tan sucinta no hace plena justicia a esta sentencia, dado que forma parte de la saga jurisdiccional de lo que se denomina comúnmente como “delito de solidaridad”.

En el centro de esta decisión están, efectivamente, Cédric Herrou y Pierre-Alain Mannoni. El 10 de febrero del 2017, el primero fue condenado por el Tribunal Correccional de Niza a una multa de 3.000 euros suspendida en forma condicional por ayudar a la entrada, circulación y estancia irregular de extranjeros. Esto por haber prestado en el 2016, asistencia a 200 sudaneses y eritreos.<sup>3</sup> El 8 de agosto del 2017, el Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence le impuso una condena condicional de cuatro

---

<sup>1</sup> Profesor universitario en la Escuela de Derecho de *Sciences Po*; Miembro del Instituto Universitario de Francia. Traducción de Laura Elena Arce Jiménez.

<sup>2</sup> Cass. Crim., fallo Núm. 2923 de 12 de diciembre de 2018 (17-85.736).

<sup>3</sup> Tribunal de grande instance de Nice, 10 de febrero de 2017, Núm. 16298000008, [https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur\\_tgi-nice\\_2017-02-10\\_16298000008.pdf](https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur_tgi-nice_2017-02-10_16298000008.pdf).

meses de prisión.<sup>4</sup> Según este tribunal, la acción del Sr. Herrou, que formaba parte de una “acción militante”, no era susceptible de beneficiarse de las disposiciones del Código de Entrada y Residencia de los Extranjeros y del Derecho de Asilo (CESEDA) que definen las condiciones de la inmunidad penal en este ámbito. Un razonamiento similar llevó al tribunal a condenar a Pierre-Alain Mannoni a dos meses de prisión con remisión condicional.<sup>5</sup>

Esta anulación por parte del Tribunal de Casación se produjo después de que la Sala de lo Penal remitiera al Consejo Constitucional la cuestión de la conformidad con la Constitución de los artículos L. 622-1 y L. 622-4 del CESEDA,<sup>6</sup> invocados por ambos litigantes. Según el primero de estos dos textos, que define el delito de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, en la redacción entonces aplicable:

“Sin perjuicio de las exenciones previstas en el artículo L. 622-4, toda persona que, por ayuda directa o indirecta, facilite o intente facilitar la entrada, la circulación o la estancia irregular de un extranjero en Francia será castigada con cinco años de prisión y 30.000 euros de multa. Sin perjuicio de las exenciones previstas en el artículo L. 622-4, se castigará con las mismas penas a toda persona que, independientemente de su nacionalidad, cometa la infracción definida en el primer párrafo del presente artículo mientras se encuentre en el territorio de un Estado parte del Acuerdo de Schengen firmado el 19 de junio de 1990 que no sea Francia. Sin perjuicio de las exenciones previstas en el artículo L. 622-4, se castigará con las mismas penas a quien facilite o intente facilitar la entrada, la circulación o la estancia irregular de un extranjero en el territorio de otro Estado parte del Acuerdo de Schengen firmado el 19 de junio de 1990. Sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo L. 622-4, se castigará con las mismas penas a quien facilite o intente facilitar la entrada, el desplazamiento o la estancia irregular de un extranjero en el territorio de un Estado parte en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, firmada en Palermo el 12 de diciembre de 2000. Las disposiciones del párrafo anterior son aplicables en Francia a partir de la fecha de publicación del presente protocolo en el Diario Oficial de la República Francesa”.

El segundo de los textos impugnados prevé varias causas de exención penal, estableciendo que:

---

<sup>4</sup> Cour d’appel de Aix-en-Provence, 8 de agosto de 2018, Núm. 2017/568, [https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur\\_ca-aixenprovence\\_2017-08-08\\_2017-568.pdf](https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur_ca-aixenprovence_2017-08-08_2017-568.pdf).

<sup>5</sup> Cour d’appel de Aix-en-Provence, 11 de septiembre de 2017, Núm. 2017/628, [https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur\\_ca-aixenprovence\\_2017-09-11\\_2017-628.pdf](https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur_ca-aixenprovence_2017-09-11_2017-628.pdf).

<sup>6</sup> Sala de lo penal, 9 de mayo de 2018, fallos Núm.1163 y 1164.

“Sin perjuicio de los artículos L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 y L. 623-3, la ayuda a la estancia irregular de un extranjero no puede dar lugar a un procedimiento penal sobre la base de los artículos L. 622-1 a L. 622-3 cuando es el resultado de:

1° Los ascendientes o descendientes del extranjero, su cónyuge, los hermanos del extranjero o su cónyuge;

2° El cónyuge del extranjero, la persona que se sabe que vive en una relación marital con él, o los ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas del cónyuge del extranjero o de la persona que se sabe que vive en una relación marital con él;

3° Cualquier persona física o jurídica, cuando el acto denunciado no haya dado lugar a ninguna contraprestación directa o indirecta y haya consistido en la prestación de asesoramiento jurídico o de alimentos, alojamiento o atención médica destinados a garantizar condiciones de vida dignas y decorosas al extranjero, o cualquier otra asistencia destinada a preservar la dignidad o la integridad física de éste.

Las excepciones previstas en 1° y 2° no se aplican cuando el extranjero beneficiario de la ayuda a la estancia irregular vive en estado de poligamia o cuando este extranjero es el cónyuge de un polígamo que reside en Francia con el primer cónyuge”.

Por tanto, la sentencia del Tribunal de Casación del pasado 12 de diciembre no es más que un episodio de una agitada serie judicial que ha sido ampliamente comentada, con una de las etapas más destacables siendo la decisión del Consejo Constitucional del 6 de julio del 2018.<sup>7</sup>

## ***2. La consagración de un nuevo parámetro eficaz del control de constitucionalidad***

El aspecto más rotundo de la decisión del Consejo Constitucional es la consagración de la fraternidad como norma de referencia para la revisión constitucional. A petición de los demandantes, que impugnaban la constitucionalidad de las disposiciones del CESEDA en relación con el principio de fraternidad, el principio de necesidad de los delitos y las penas, el principio de legalidad de los delitos y las penas, y el principio de igualdad ante la ley, el Tribunal de Casación remitió la pregunta al Consejo Constitucional. Según la Sala de lo Penal, “la pregunta, en la medida en que pretende establecer la fraternidad como principio constitucional, calificado como

---

<sup>7</sup> Consejo constitucional, Decisión Núm. 2018-717/718 QPC de 6 de julio de 2018, CÉDRIC, H.M., et autre [Délit d’aide à l’entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d’un étranger].

ideal común por el preámbulo de la Constitución del 4 de octubre del 1958, y reconocido como uno de los componentes del lema de la República por el artículo 2 de dicha Constitución [...] es de naturaleza nueva”. El Consejo Constitucional puso fin a la indecisión, dictaminando claramente que «en los términos del artículo 2 de la Constitución: “El lema de la República es ‘Libertad, Igualdad, Fraternidad’. La Constitución también se refiere, en su preámbulo y en el artículo 72-3, al ideal común de libertad, igualdad y fraternidad”. De ello emerge que la fraternidad es un principio de valor constitucional» (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 7).

En ciertos aspectos, esta cualidad podría parecer poco dudosa, aunque la fraternidad ha sido, hasta hoy, una norma constitucional “de baja aplicación”.<sup>8</sup> Herencia de la historia del constitucionalismo francés desde su aparición en la revolución, y presente en la fachada de los ayuntamientos, la expresión “*fraternité*” aparece en el propio cuerpo del texto constitucional.<sup>9</sup> Su consagración no responde, por tanto, al activismo judicial que a veces se refleja en la identificación de normas constitucionales “no escritas” o “implícitas”,<sup>10</sup> a través de las cuales se manifiesta claramente el poder creativo del juez.

No obstante, el argumento tiene ciertas limitaciones. Es perfectamente normal que todo el texto constitucional no sea un parámetro, o al menos un parámetro relevante, del control de constitucionalidad.<sup>11</sup> Por lo tanto, atribuir estas dimensiones a una declaración constitucional constituye una decisión y, consecuentemente, el ejercicio de un poder.

En primer lugar, algunas disposiciones pueden quedar radicalmente excluidas de la categoría de parámetros de control cuando se considera que no son “justiciables”, por ejemplo, debido a una disposición expresa de la Constitución,<sup>12</sup> a su vaguedad o a su carácter puramente simbólico.

Dado lo anterior, desde un punto de vista comparativo, no habría habido nada incongruente si la fraternidad hubiera seguido siendo un principio constitucional que no fuera directamente aplicable o que no pudiera utilizarse para justificar una denuncia de inconstitucionalidad contra una

---

<sup>8</sup> SAGER, L.G., “*Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*”, en *Harvard LR*, vol. 91(6), 1978, 1212-1264; ROUX, J., “*Le Conseil constitutionnel et le bon samaritain. Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité*”, en *Actualité juridique droit administratif*, 2018, 1781-1786.

<sup>9</sup> BORGETTO, M., *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, París, 1993; BORGETTO, M., *La devise «Liberté, égalité, fraternité»*, París, 1997.

<sup>10</sup> TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, Issy-les-Moulineaux, 2021, núm. 847 ss.

<sup>11</sup> *Ibid.*, núm. 834 ss.

<sup>12</sup> Art. 45 C de Irlanda; art. 37 C de India.

disposición legislativa. Correspondería entonces a las autoridades políticas garantizar su aplicación mediante la legislación adecuada. En este sentido, algunos comentaristas han considerado que la fraternidad, que aparece en el artículo 2 inciso 4 de la Constitución en el lema de la República, es demasiado ambigua.<sup>13</sup>

Aunque es posible restablecer su entera coherencia con la historia constitucional francesa,<sup>14</sup> la elección hecha por el Consejo Constitucional de convertirla en un parámetro de su revisión no es, en cualquier caso, neutral. Más aún porque, incluso cuando una norma constitucional se presenta como plenamente justiciable, no es sistemáticamente relevante para todo tipo de litigio constitucional.

Dependiendo de sus cabezas de jurisdicción, no es infrecuente que sólo algunas disposiciones sirvan de parámetro para la revisión de los jueces constitucionales.<sup>15</sup> Este es el caso, en particular, de los recursos destinados específicamente a la protección de los derechos fundamentales. En este contexto, en el que se ponen en marcha recursos legales particularmente fuertes, parece natural que sólo las disposiciones relativas a los derechos fundamentales sirvan como normas de referencia para el control. En Alemania, por ejemplo, sólo se puede utilizar una parte específica de la Ley Fundamental como criterio de control en el marco de un recurso individual. El artículo 93.I.4a de la Ley Fundamental establece que “el Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por cualquier persona que considere que los poderes públicos han vulnerado uno de sus derechos fundamentales o uno de los derechos garantizados por el apartado 4 del artículo 20 y los artículos 33, 38, 101, 103 y 104”. Asimismo, el artículo 33 del Código Procesal Constitucional peruano enumera los derechos fundamentales protegidos por el *hábeas corpus*. El artículo 44 detalla los derechos fundamentales protegidos por el recurso de *amparo*, mientras que el artículo 59 define los derechos protegidos por *hábeas data*. El parámetro de los controles está estrictamente definido según el tipo de demandante.

En Francia, en el marco procesal de una cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC), el artículo 61-1 de la Constitución exige que los demandantes aleguen un derecho o una libertad que la Constitución garantiza. Sin embargo, la fraternidad en sí misma no parece corresponder per-

---

<sup>13</sup> LE POURHIERT, A.M., “*Fraternité avec les migrants illégaux: le coup d’Etat du Conseil constitutionnel*”, en *Le Figaro*, 11 de julio de 2018, 16; SCHOETTL, J.E., “*Fraternité et souveraineté*”, en *Revue française de droit administratif*, 2018, 959-965.

<sup>14</sup> V. spéc. BORGETTO, M., “*La fraternité devant le Conseil constitutionnel*”, en *La semaine juridique*, éd. G, 23 de julio de 2018, 1487-1496.

<sup>15</sup> PEGORARO, L., *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007, 119.

fectamente a un concepto de este tipo, y se asemeja más, en la tipología de los enunciados jurídicos, a los “principios” de Dworkin que dan cuenta de la historia del desarrollo del sistema jurídico, a la vez que lo presentan en su mejor versión en términos de moral política, a los más o menos imprecisos “valores”<sup>16</sup> que inspiran el sistema jurídico francés desde hace varias décadas o, a lo sumo, objetivos de valor constitucional,<sup>17</sup> cuya invocación en una QPC está aparentemente condenada al fracaso.<sup>18</sup>

Es por ello que, en lugar de tener que consagrar la fraternidad como un objetivo de valor constitucional que la haría, en el contexto de una QPC, un parámetro plenamente invocable, a riesgo de abrir una caja de Pandora cuyos efectos contenciosos serían, en la situación actual, difíciles de medir, el Consejo Constitucional deriva inmediatamente de la fraternidad presentada como “principio” una libertad *stricto sensu* que, a su vez, se ajusta mejor con el ámbito procesal en cuestión. Según el Consejo, “el principio de fraternidad da lugar a la libertad de ayudar a otros, con fines humanitarios, independientemente de la legalidad de su estancia en el territorio nacional” (Decisión Núm 2018-717/718 QPC, § 8).

Aunque la innovación no es pequeña, no consiste en crear pura y simplemente un principio no escrito. Este fue el enfoque del propio Consejo cuando identificó, por ejemplo, el principio de la dignidad humana.<sup>19</sup> La creatividad del Consejo se manifestó también, una vez constitucionalizada la expresión “principio fundamental reconocido por las leyes de la República”, en la construcción de una lista de riqueza creciente.<sup>20</sup> Por el contrario, en el presente caso, la fraternidad se encuentra efectivamente no sólo en el preámbulo de la Constitución, cuyo valor jurídico ha suscitado en el pasado numerosos debates, sino en el propio texto de la Constitución. Otros apartados del artículo 2 también han sido invocados por los jueces de la rue de Montpensier.<sup>21</sup> La decisión atestigua así, de una manera muy clásica, el hecho de que a través de las interpretaciones que dan a los enunciados constitucionales, los jueces definen las normas constitucionales y se revelan como co-constituyentes.

Sin embargo, deseoso de mantener el control sobre el nuevo instru-

---

<sup>16</sup> DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, México, 2017.

<sup>17</sup> DE MONTALIVET, P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, París, 2006.

<sup>18</sup> Decisiones Núm. 2010-3 QPC, cons. 8; 2012-283 QPC, cons. 28; 2012-285 QPC, cons. 12; 2018-729 QPC, § 14.

<sup>19</sup> Decisión Núm. 94-343/344 DC, cons. 2.

<sup>20</sup> CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Aix-en-Provence, París, 2001.

<sup>21</sup> Decisión Núm. 2003-467.

mento que pone a disposición de los demandantes y de contener sus efectos, el Consejo Constitucional declara de antemano que “sin embargo, ningún principio ni ninguna norma de valor constitucional garantiza a los extranjeros derechos con carácter general y absoluto de acceso y estancia en el territorio nacional. Además, el objetivo de lucha contra la inmigración irregular es parte integrante de la protección del orden público, que constituye un objetivo de valor constitucional” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 9). De esta manera el Consejo se apresura a recuperar su jurisprudencia tradicional en materia del derecho del extranjero.<sup>22</sup> Por otro lado, establece los términos de la antinomia normativa (libertad de asistencia al extranjero con fines humanitarios derivada del principio de fraternidad *versus* lucha contra la inmigración ilegal derivada del objetivo de protección del orden público) que le permitirá, caso por caso, determinar mediante su propia ponderación si el legislador ha logrado una adecuada conciliación de estas dos exigencias.

En este caso, el nuevo parámetro de control de constitucionalidad tiene inmediatamente pleno efecto. Fundamenta la declaración de inconstitucionalidad pura y simple (Sentencia Núm. 2018-717/718 QPC, § 13):

“Por tanto, al sancionar cualquier ayuda prestada para la circulación del extranjero en situación irregular, incluso si es accesoria a la ayuda a la estancia del extranjero y está motivada por una finalidad humanitaria, el legislador no aseguró una conciliación equilibrada entre el principio de fraternidad y el objetivo de valor constitucional de protección del orden público. Por consiguiente, y sin que sea necesario examinar las otras alegaciones contra dichas disposiciones, las palabras ‘a la estancia irregular’ que aparecen en el primer párrafo del artículo L. 622-4 del Código de la entrada y de la estancia de los extranjeros y del derecho de asilo, deben ser declaradas contrarias a la Constitución”.

De lo anterior se deduce que la limitación a la exención penal prevista en el inciso 3 del artículo L. 622-4 del CESEDA, presente en el primer párrafo del artículo L.622-4 del CESADA, a la ayuda únicamente a la estancia del extranjero se declara inconstitucional sobre la única base de la fraternidad. No es admisible que el legislador prevea la inmunidad sólo en caso de ayuda a la estancia, sin considerar explícitamente la ayuda a la circulación. Prácticamente, es difícil dissociar una de otra, ya que toda estancia presupone una circulación previa, y toda circulación presupone encontrarse entre dos estancias. Por otro lado, debe reservarse un tratamiento particular con respecto a la asistencia a la entrada de un extranjero que no tiene derecho a residir en el territorio nacional (Decisión Núm. 2018-

---

<sup>22</sup> Decisión Núm. 93-325 DC, cons. 2.

717/718 QPC, § 12). Dado que, en las circunstancias de estancia y circulación, la situación ilegal ya está constituida, los individuos motivados por razones humanitarias no tienen que preocuparse de participar en la creación de una condición de ilegalidad. Lo contrario sucede en el caso de la entrada, puesto que la asistencia prestada al extranjero contribuye directamente a la creación de una situación irregular. Por lo tanto, la asistencia a la entrada no puede beneficiarse de inmunidad penal.

Como fuente de posible inconstitucionalidad, el principio de fraternidad presenta intrínsecamente la flexibilidad necesaria para aclarar el significado de una ley por medio de la interpretación conforme a la Constitución, sin que la ley en cuestión tenga que ser expulsada del sistema jurídico por una decisión de censura. En cuanto a la limitación material de la exención penal de la que se benefician las personas que prestan asistencia a un extranjero del que no son familiares, el Consejo apela de nuevo al principio de fraternidad. En el estado actual de la legislación, la exención penal por motivos humanitarios se limita a determinados actos, enumerados de forma exhaustiva. El Consejo estima entonces que “estas disposiciones no pueden, sin desconocer el principio de fraternidad, ser interpretadas de otra manera que aplicándose también a cualquier otro acto de ayuda prestado con finalidad humanitaria” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 14). Interpretadas a la luz de esta reserva, las disposiciones en cuestión no reflejan por parte del legislador una conciliación manifiestamente desequilibrada entre el principio de fraternidad y el objetivo de valor constitucional de protección del orden público. Por este motivo no pueden ser consideradas inconstitucionales.

Las otras denuncias, basadas en el derecho constitucional represivo, tampoco pueden justificar tal conclusión. Por un lado, las disposiciones criticadas no son ni equívocas ni imprecisas (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 19). En segundo lugar, no desconocen los principios de necesidad y proporcionalidad de los delitos y las penas (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 20). En este caso, el legislador, al que el Consejo Constitucional no puede sustituir, ya que no tiene “un poder general de apreciación y decisión de la misma naturaleza que el del Parlamento” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 18), no ha establecido una desproporción manifiesta entre la infracción y la pena impuesta. Esta última idea es intrigante, puesto que, sólo a la luz de la reserva de interpretación a la que se adhirió el Consejo, la legislación es conforme con el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como al artículo 34 de la Constitución. Si el legislador no cometió inconstitucionalidad al no prever una exención legal para la asistencia fuera del círculo familiar, es precisamente porque el propio Consejo sustituyó al Parlamento al extender la inmunidad penal prevista en el artículo L. 622-4 del CESEDA a todo acto de

asistencia a la estancia prestado con una finalidad humanitaria. Por lo tanto, parece que, al igual que un co-constituyente, el Consejo Constitucional tiene un papel de colegislador.

### 3. *La producción judicial de normas legislativas*

En un texto famoso, desarrollando la tesis del juez constitucional como legislador negativo cuando declara una ley inconstitucional, Hans Kelsen aborda esta problemática de forma bastante directa.<sup>23</sup>

Esta idea resulta provechosa en la medida en que nos invita a interesarnos de manera decisiva por el alcance normativo, es decir, jurídicamente creativo y en última instancia político, de la actividad de los tribunales constitucionales. Sin embargo, es indebidamente restrictiva y no hace justicia a la variedad de formas en que se expresa el poder de los jueces constitucionales. Más importante en sus apuestas y más extenso en su alcance, este poder es también más refinado en sus modos de ejercicio. Por lo tanto, la figura de los jueces constitucionales presentados como simples “legisladores negativos” ha perdido fuerza gradualmente.<sup>24</sup>

Sin duda, el Consejo puede reclamar esta figura con el objetivo de censurar las palabras “estancia irregular” del primer párrafo del artículo L. 622-4 del CESEDA. Pero lejos de limitarse a declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de una ley a la luz de un parámetro que se le ha dado de antemano, el Consejo está en condiciones de dar forma a esta última para contribuir activamente a la producción de la primera. En el presente caso, tras haber establecido el carácter plenamente operativo del principio de fraternidad desde el punto de vista contencioso y haberlo convertido en la base de una decisión de derogación, también se basó en él para ampliar el ámbito de aplicación de una exención penal. En este sentido, era imprescindible que el Consejo no pronunciara una censura, para poder apoyarse en el vehículo normativo de la disposición existente y dar una interpretación conforme a la Constitución. Por el contrario, la anulación pura y simple devuelve al legislador la iniciativa normativa, así como un margen de maniobra para la toma de decisiones. Por su parte, la interpretación conforme concluye que sólo una de las múltiples lecturas posibles del texto en cuestión es constitucional: la adoptada por el juez.

---

<sup>23</sup> KELSEN, H., “*La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*”, en *Revue du droit public*, 1928, 224-225. Sobre las limitaciones de tal análisis, v. TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., núm. 1339 ss.

<sup>24</sup> TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., núm. 1339 ss.

En el contexto francés, la reserva formulada por el Consejo Constitucional consiste en alterar sustancialmente el alcance *ratione materiae* y *ratione personae* de la ley penal. Según el texto del artículo L. 622-4 del CESEDA, el cual fue aplicado a los demandantes, la ayuda a la estancia irregular no puede dar lugar a un procedimiento penal cuando la prestan miembros de la familia cercana del extranjero (ascendientes, descendientes, coherederos, cónyuge, etc.). La asistencia prestada por cualquier otra persona sólo está cubierta por la exención penal dentro de límites estrictos. Además, debe reunir las condiciones acumulativas de no haber dado lugar a ninguna compensación directa o indirecta, por un lado, y de haber consistido en la prestación de servicios de alimentos, asesoramiento jurídico, alojamiento o atención médica destinados a garantizar condiciones de vida dignas y decentes al extranjero, por otro. Cualquier otro tipo de asistencia sólo puede beneficiarse de la inmunidad penal si está destinada a preservar la dignidad o la integridad física del extranjero. Según el Consejo, estas disposiciones del párrafo tercero del artículo L. 622-4 son constitucionales en lo que respecta al principio de fraternidad a condición de que “se interpreten como aplicables a cualquier otro acto de asistencia prestado con fines humanitarios” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 14). Como mínimo, se trata de una interpretación cuya expresión refleja una amplia reescritura del propio texto. En nombre de la fraternidad, el Consejo sustituye los límites formulados por el legislador por una condición mucho más amplia de “finalidad humanitaria”.

Así modificadas y complementadas, las disposiciones del CESEDA se ajustan, en rigor, al principio de fraternidad del propio Consejo. Por lo tanto, escapan a cualquier reproche desde el punto de vista del derecho constitucional represivo, en el que los demandantes también basaron sus preguntas. Según el Consejo (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 20):

“Por otra parte, resulta de la reserva mencionada en el apartado 14 que la exención de responsabilidad penal prevista en el inciso 3° del artículo L. 622-4 se aplica a cualquier acto de ayuda a la estancia prestada con finalidad humanitaria. Por tanto, al no prever ninguna exención penal fuera del ámbito familiar, en caso de ayuda a la estancia irregular con otra finalidad que humanitaria, el legislador no desconoció, en todo caso, los principios de necesidad y proporcionalidad de los delitos y las penas. Las alegaciones basadas en el desconocimiento de dichos principios deben descartarse”.

Tal conclusión tiene cierta lógica: habría sido difícil entender cómo una reserva de interpretación que salva un texto de la inconstitucionalidad sobre la base del principio de fraternidad en el § 14 de la decisión no podría salvarlo de la censura sobre la base de otros principios unos párra-

fos más adelante. Tal situación habría sido también el resultado de la producción, por parte del propio Consejo Constitucional, de una norma legislativa inconstitucional. En consecuencia, cabe preguntarse si la consagración de la fraternidad como principio constitucional “en pleno ejercicio” no tiene como objetivo principal justificar el ejercicio por parte del Consejo Constitucional de su propio poder normativo.

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa abarca un complejo conjunto de operaciones jurídicas. Según el artículo 62 de la Constitución, “una disposición declarada inconstitucional sobre la base del artículo 61-1 queda derogada a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional o de una fecha posterior fijada por esta decisión. El Consejo Constitucional determinará las condiciones y los límites dentro de los cuales podrán cuestionarse los efectos que la disposición haya producido”.

En este caso, el Consejo Constitucional recuerda que “no tiene un poder general de revisión de la misma naturaleza que el del Parlamento. No le compete indicar las modificaciones que deben introducirse para poner remedio a la inconstitucionalidad constatada” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 23). Sin embargo, en un sentido estricto, la forma en que apela al principio de fraternidad en esta decisión para subsanar las deficiencias de la legislación deja pocas dudas sobre la evolución del CESEDA. No obstante, el Consejo señala que corresponde al legislador asumir sus responsabilidades en este ámbito, y considera que la derogación inmediata de las disposiciones censuradas “tendría como efecto la extensión de las exenciones penales previstas por el artículo L. 622-4 a los actos destinados a facilitar o intentar facilitar la entrada ilegal al territorio francés. Implicaría consecuencias manifiestamente excesivas” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 23). Excesivas en la medida en que, según el Consejo (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 12), la ayuda a la *entrada* contribuye directamente a la comisión de un delito, a diferencia de la ayuda a la *estancia* y a la *circulación*. Una derogación inmediata tendría como consecuencia someterlos al mismo régimen permisivo. También socavaría la idea de que el principio de fraternidad, al igual que otros principios constitucionales, debe aplicarse en conjunto con todos los requisitos de igual valor. Por lo tanto, el Consejo ha decidido aplazar la fecha de derogación de las disposiciones impugnadas hasta el 1 de diciembre del 2018. Este retraso relativamente corto se explica por el hecho de que, al mismo tiempo, un proyecto de ley de inmigración controlada y de derecho de asilo efectivo se estaba examinando en el Parlamento desde febrero.<sup>25</sup> Por lo tanto,

---

<sup>25</sup> Ley Núm. 2018-778 del 10 de septiembre de 2018.

se dispuso inmediatamente de un apoyo normativo para aplicar la decisión del Consejo.

Si bien parece preservar el margen de apreciación que corresponde a las autoridades políticas, el Consejo Constitucional no es menos sensible a la incongruencia de permitir, mientras tanto, la aplicación de una legislación inconstitucional. Este es el mayor riesgo en los sistemas en los que las decisiones de inconstitucionalidad tienen un efecto *ex nunc*.<sup>26</sup> Al ser anuladas sólo para el futuro, las normas inconstitucionales siguen siendo aplicables a los hechos que dieron lugar a la remisión al tribunal. En el momento en que se produjeron estos hechos, la legislación derogada estaba en vigor y, por tanto, era perfectamente aplicable. En consecuencia, el sistema carecería de importancia práctica para el litigante.

Ejerciendo una verdadera función normativa, el Consejo Constitucional define un régimen jurídico transitorio mediante una nueva reserva de interpretación. Especifica que “en principio, la declaración de inconstitucionalidad debe beneficiar al autor de la cuestión prioritaria de constitucionalidad y la disposición declarada contraria a la Constitución no puede aplicarse en las instancias pendientes en la fecha de publicación de la sentencia del Consejo Constitucional” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 22).

Después de haber decidido derogar una legislación inconstitucional y de haber aplazado el efecto de esta derogación, el Consejo considera necesario poner fin inmediatamente a la inconstitucionalidad constatada. Dado lo anterior, “procede juzgar que la exención penal prevista en el inciso 3 del artículo L. 622-4 del CESADA también debe aplicarse a los actos que tienden a facilitar o intentar facilitar la circulación, la cual es accesoria a la estancia de un extranjero en situación irregular en Francia, con excepción de la entrada en el territorio, cuando estos actos son realizados con finalidad humanitaria” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 24). Al establecer este derecho transitorio,<sup>27</sup> el Consejo da una orientación sustancial al legislador sobre cómo remediar la inconstitucionalidad constatada. Jugando con el impacto temporal de su poder, los jueces son los únicos que determinan las normas aplicables *hic et nunc* en el ordenamiento jurídico en cuestión, a veces durante periodos de tiempo considerables, en el pasado, en el presente y en el futuro.

De hecho, la decisión fue seguida rápidamente por acción legislativa. Resultante del artículo 38 de la Ley Núm. 2018-778, del 10 de septiembre

---

<sup>26</sup> TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., núm. 1396 ss.

<sup>27</sup> Decisiones Núm. 2014-400 QPC; 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC; 2014-420/421 QPC. Véase JACQUINOT, N., “*Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*”, en *Actualité juridique droit administratif*, 2018, 2007-2012.

del 2018, la nueva redacción del artículo L. 622-4 del CESEDA prevé exenciones penales más amplias y, por tanto, más acordes con la nueva consistencia dada al principio de fraternidad, generalizando así las exenciones humanitarias. A la luz de este nuevo y más benévolo texto, el Tribunal de Casación anuló parcialmente las sentencias recurridas. La ley Núm. 2018-778 también fue revisada por el Consejo Constitucional como parte de su control *a priori*. La Decisión Núm. 2018-770 DC, del 6 de septiembre del 2018, confirmó, en su § 107, la distinción entre el comportamiento destinado a facilitar la estancia o la circulación, por un lado, y el comportamiento destinado a facilitar la entrada ilegal, por otro. La fraternidad permite así ayudar a las personas que se encuentran, de antemano, en situación irregular, pero no crear inmigrantes ilegales. De este modo, la caja de Pandora que algunos podían creer abierta se mantiene por el momento dentro de los límites establecidos por su conciliación con los demás imperativos de un orden constitucional. Además, en una decisión posterior, el Consejo admitió la constitucionalidad de plazos muy breves para apelar contra las órdenes prefecturales de deportación a la frontera.<sup>28</sup> Sin embargo, la distinción entre entrada, estancia y circulación no está perfectamente clara. Si bien se relacionan con evaluaciones muy diferentes de la decisión, tanto el antiguo Secretario General del Consejo, Jean-Eric Schoettl, como el profesor Michel Verpeaux han cuestionado el límite conceptual exacto que puede separar la asistencia organizada al cruce de la frontera, y la asistencia a la circulación una vez que se ha cruzado la frontera por unos metros,<sup>29</sup> y el posible terreno difícil en el que, a pesar de las precauciones tomadas por el Consejo en sus decisiones de junio y septiembre, se encontraría el Estado francés en materia de control de los flujos migratorios.

#### 4. Los límites de la comunicación judicial

Los críticos más agresivos de la decisión cuestionaron el modo en que, al optar por censurar una disposición del CESEDA basándose en una noción tan ambigua como la de fraternidad, el Consejo Constitucional estaba “haciendo trampa” con el texto constitucional,<sup>30</sup> usurpando el papel

---

<sup>28</sup> Decisión Núm. 2018-741 QPC.

<sup>29</sup> SCHOETTL, J.E., *op. cit.*, 963; VERPEAUX, M., “*Constitution et constitutionnalisation*”, en *Revue française de droit administratif*, 2018, 971.

<sup>30</sup> LE POURHIERT, A.M., *op. cit.* En sentido opuesto, veáse BORGETTO, M., “*La fraternité devant le Conseil constitutionnel*”, *cit.*

del Parlamento e ignorando el principio de soberanía nacional. Al comprometerse deliberadamente a censurar el delito de solidaridad, el Consejo Constitucional habría realizado una labor más política que jurídica, con respecto a una disposición a la que no se pretendía ni se ha pretendido nunca dar tal alcance. Según Jean-Eric Schoettl, “la decisión del 6 de julio del 2018 es un caso químicamente puro de transmutación de una referencia ética (que antes se consideraba un valor colectivo eminente, pero sin efectos jurídicos directos) en un derecho individual oponible al Estado. En este caso, el derecho a ayudar al otro, incluso facilitando el flujo de migración ilegal”.<sup>31</sup>

Si se hace la suposición, como estos comentarios exhortan, desde un punto de vista normativo y como invita un enfoque jurídico realista desde un punto de vista descriptivo, que el Consejo ha optado deliberadamente por censurar las disposiciones impugnadas, se pueden proponer varias estrategias explicativas. De acuerdo con una primera lectura, cabría considerar que el Consejo podría haber llegado, a la luz de principios constitucionales más tradicionales, a la misma declaración de inconstitucionalidad. Tal idea se ve confirmada por la invocación prudente, además del principio de fraternidad, cuyo alcance contencioso era tan incierto que llevó al Tribunal de Casación a considerar que se trataba de una pregunta jurídica novedosa, de los principios tradicionales del derecho constitucional represivo. Por consiguiente, el Consejo podría haber considerado que el artículo L. 622-1 del CESEDA, al criminalizar a “toda persona que, por ayuda directa o indirecta, facilite o intente facilitar la entrada, circulación o estancia irregular de un extranjero en Francia” era demasiado ambiguo o excesivamente amplio, contraviniendo así la jurisprudencia derivada del artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En relación con el artículo L. 622-4 del CESEDA, habría sido posible considerar que las inmunidades penales eran problemáticas, en particular en lo que respecta al principio de igualdad ante la ley, en virtud tanto de su ámbito personal como de su ámbito material de aplicación. *Ratione personae*, sólo los familiares cercanos se beneficiaban plenamente. En cuanto a los demás individuos, sólo se cubrieron las ayudas de una determinada consistencia. *Ratione materiae*, sólo la ayuda a la estancia estaba cubierta por la exención, no la ayuda a la circulación. Para remediarlo, el Consejo podría haberse limitado a emitir una reserva interpretativa que estableciera la estancia como integrante de la circulación o la circulación como parte de la estancia, o bien que hiciera de una el corolario necesario de la otra, ya que la presencia en territorio francés va acompañada, obviamente, de una cierta movilidad.

---

<sup>31</sup> SCHOETTL, J.E., *op. cit.*, 964.

Otra lectura lleva a considerar, por el contrario, que, apegándose de forma fundamental al marco de su jurisprudencia en materia de los derechos de los extranjeros, el Consejo Constitucional no habría podido llegar a una decisión de inconstitucionalidad. En su decisión Núm. 96-377 DC,<sup>32</sup> el Consejo ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad del delito de ayuda a la estancia ilegal en relación con los principios derivados del artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el principio de la dignidad humana. En ese momento, había considerado:

“que corresponde al legislador, teniendo en cuenta los objetivos que se propone en materia de orden público en relación con la entrada y la estancia de extranjeros y que pueden justificar, en particular, un régimen de sanciones penales, establecer, respetando los principios constitucionales, las normas de determinación de los delitos y de las infracciones y las penas aplicables a los mismos; que las infracciones previstas [...] se definan en condiciones que permitan al juez, a quien el principio de legalidad exige una interpretación estricta de la ley penal, pronunciarse sin que su apreciación incurra en la crítica de la arbitrariedad; que esta definición no sea de tal naturaleza [...] , que ponga en tela de juicio el principio de valor constitucional de protección de la dignidad de la persona humana”.

Sin embargo, la redacción de la disposición examinada en este contexto no era muy diferente a la del CESEDA. Habría parecido incoherente que el Consejo se basara en los principios clásicos del derecho constitucional represivo para censurar, hoy, disposiciones que, desde el punto de vista de la claridad, la precisión, la necesidad o la proporcionalidad, no reflejan un cambio importante de perspectiva.<sup>33</sup>

Asimismo, en cuanto al principio de igualdad, podría parecer difícil considerar, a la luz de la jurisprudencia anterior, que los artículos impugnados del CESEDA fueran criticables. De hecho, en la Decisión Núm. 96-377 DC,<sup>34</sup> las condiciones de la inmunidad penal no fueron criticadas desde este punto de vista. Según el Consejo:

“Teniendo en cuenta el objetivo que se marcó de conciliar la consideración humanitaria de las situaciones legalmente protegidas con su deseo de no facilitar la inmigración ilegal, el legislador pudo, sin desconocer el principio de igualdad, conceder la inmunidad judicial a los ascendientes, descendientes y cónyuges sin extenderla a los hermanos y convivientes; que no se puede consi-

---

<sup>32</sup> Cons. 11.

<sup>33</sup> V. également décision Núm. 2003-484 DC.

<sup>34</sup> Cons. 13.

derar que las sanciones a las que se exponen estos últimos infrinjan el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”.

Por lo tanto, el Consejo Constitucional había agotado la mayor parte de las normas de referencia pertinentes. Los demandantes sugirieron oportunamente otra. En este sentido, es posible considerar que el Consejo se encontró en una configuración institucional que podría calificarse como “restricción legal”. Según Véronique Champeil-Desplats y Michel Troper, esto puede definirse como “una situación de hecho en la que un actor jurídico se ve llevado a adoptar una determinada solución o conducta debido a la configuración del sistema jurídico, que el mismo actor instaura o en el que opera”.<sup>35</sup> Este marco de referencia permite proponer la siguiente reconstrucción: el Consejo se vio obligado a propiciar la aparición de una nueva norma de referencia efectiva, con el objetivo de reevaluar la constitucionalidad de un mecanismo que el derecho francés ha conocido, bajo formas ciertamente evolutivas, desde 1938,<sup>36</sup> sin haberse expuesto a la más mínima censura. En esta situación, y deseando evitar un cambio masivo de la jurisprudencia, el Consejo no podía sino apoyarse en un nuevo parámetro de control. Por otra parte, en cuanto al tipo de norma constitucional que debe mantenerse entre la taxonomía de los distintos componentes del bloque de constitucionalidad, el Consejo no podía sino identificar un nuevo *principio* de valor constitucional. En efecto, calificar la fraternidad como “*objetivo* de valor constitucional” en el contexto de una cuestión prioritaria de constitucionalidad habría supuesto una ruptura evidente con la incierta invocabilidad de esta categoría de normas constitucionales en este marco procesal. Las consecuencias de semejante trastorno pueden parecer excesivas y, tal como están las cosas, difíciles de medir. Sin embargo, todavía era necesario derivar inmediatamente una libertad de este principio, que encaja perfectamente con el contexto de la QPC.

La situación de restricción legal es, por tanto, plural, y progresa por ramificaciones sucesivas. El hecho es que, en sí misma y en conjunción con otras exigencias del mismo valor, la fraternidad sigue siendo maleable. Sobre todo, todavía no está cargada con un cuerpo de jurisprudencia denso. En consecuencia, la “novela en cadena” de la que habla Ronald Dworkin para dar cuenta de la coherencia tendencial de la jurispruden-

---

<sup>35</sup> CHAMPEIL-DESPLATS, V., TROPER, M., “*Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*”, in TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, V., GRZEGORCZYK, C., (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, París, 2005, 12.

<sup>36</sup> Decreto-ley de 2 de mayo de 1938 sobre la policía de los extranjeros; art. 21 de la ordenanza Núm. 45-2658 de 2 de noviembre de 1945 sobre las condiciones de entrada y de estancia de los extranjeros en Francia.

cia,<sup>37</sup> que resulta del hecho de que los diversos autores que se suceden en el curso de la historia deben necesariamente tomar en consideración los capítulos escritos por sus predecesores y encajar en el marco así trazado, está sólo en sus comienzos. En este sentido, la decisión que nos ocupa quizá ilustre la necesidad periódica de nuevas herramientas que pueden sentir los tribunales constitucionales. En particular, herramientas que permiten evitar una inversión de la jurisprudencia que podría desestabilizar importantes construcciones jurídicas en una medida que no se puede medir *a priori*, especialmente en un contexto en el que la exigencia de seguridad jurídica es a menudo un principio de valor constitucional en sí mismo. La movilización de un principio hasta ahora infrautilizado, que deberá conciliarse con todos los demás sin caer en los paradigmas vinculantes de las conciliaciones anteriores, representa una forma de liberar el margen de maniobra del Consejo.

Queda por cuestionar la presunción compartida tanto por los críticos del activismo del Consejo como por el analista realista, a pesar de la divergencia de sus respectivas perspectivas: la idea de que el Consejo ha *elegido o decidido* censurar el “delito de solidaridad”.

Varios académicos han expresado su preocupación por el hecho de que la QPC, cuyo objetivo es preservar los derechos y las libertades, tiende a beneficiar principalmente a los (grandes) contribuyentes y a las empresas.<sup>38</sup> Este tipo de crítica coincide con el sentimiento expresado por Edouard Lambert respecto al gobierno de los jueces tal y como se desarrolló en Estados Unidos a principios del siglo XX.<sup>39</sup> Frente a esta crítica, que matiza considerablemente el interés que la QPC podría tener para la protección de los derechos y libertades de los débiles, la decisión núm. 717/718 QPC opera como una refutación oportuna. Tal y como han criticado duramente los detractores de esta decisión, mientras que sus promo-

---

<sup>37</sup> DWORKIN, R., “*La chaîne du droit*”, en *Droit et société*, vol. 1, 1985, 51-79.

<sup>38</sup> AA.VV., “*Bien commun: ‘Une réforme sage et mesurée de notre Constitution est devenue une urgence’*”, en *Le Monde*, 29 de mayo de 2018, [https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/05/29/bien-commun-une-reforme-sage-et-mesuree-de-notre-constitution-est-devenue-urgence\\_5306399\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/05/29/bien-commun-une-reforme-sage-et-mesuree-de-notre-constitution-est-devenue-urgence_5306399_3232.html); PERROUD, T., “*Liberté d’entreprendre, lobbying et démocratie*”, en *JP Blog*, 25 octubre 2018, <http://blog.juspoliticum.com/2018/10/25/liberte-dentreprendre-lobbying-et-democratie-par-thomas-perroud/>; AA.VV., “*Dossier Thématique : Dix ans de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC): quelle garantie des droits et libertés?*”, en *Revue des droits de l’homme*, n. 20, 2020, <https://journals.openedition.org/revdh/12028>; MILET, M., “*Groupes d’intérêt et contrôle de constitutionnalité en France depuis 2010. Conditions de ‘mobilisations constitutionnelles’ et usages de la QPC*”, en *Titre VII*, 2020, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/groupes-d-interet-et-contrrole-de-constitutionnalite-en-france-depuis-2010-conditions-de>.

<sup>39</sup> LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L’expérience américaine du contrôle de la constitutionnalité des lois*, París, 1921, 224.

tores se han regocijado en su potencial, la consistencia jurídica exacta de la fraternidad sigue siendo en gran medida indeterminada.<sup>40</sup> ¿Qué relación tiene, por ejemplo, en un momento en el que el Consejo de Estado se cuestionaba, en su estudio anual del 2018 sobre una “nueva fraternidad”,<sup>41</sup> con las ideas de solidaridad, protección social, civismo, participación, tolerancia, etc.? ¿Abre la puerta al reconocimiento de derechos sociales? ¿Inicia un movimiento hacia un derecho constitucional más generoso desde este punto de vista?

Cualquiera que sea su destino contencioso, la operación puede no ser neutral en términos de comunicación y de construcción de la imagen del juez constitucional francés. En un artículo clásico, Georges Vedel destacó la doble audiencia del Consejo Constitucional.<sup>42</sup> Si sus decisiones son ante todo un acto de lenguaje dirigido a los poderes públicos, en cuyo frente está el legislador, deben entenderse también como un mensaje dirigido a la opinión pública, a los ciudadanos, entendidos como litigantes en el contexto de la QPC. Por lo tanto, es probable que la censura del “delito de solidaridad”, tal como se presentó comúnmente al público en general, mejore la percepción del Consejo desde el punto de vista de las organizaciones de derechos humanos. La primera decisión de la QPC, que recibió una considerable exposición en los medios de comunicación, tuvo el mismo cuidado de censurar una disposición legislativa en nombre de la igualdad<sup>43</sup> – otro valor integrante del lema de la República. A la doble audiencia interna se le puede añadir una última audiencia externa. Si la diplomacia parece ser un campo de acción esencialmente delegado al poder ejecutivo, es posible que los otros dos poderes desarrollen sus propias formas de diplomacia o paradiplomacia. Esto es válido para los parlamentos<sup>44</sup> y, quizás, para los tribunales. En efecto, es posible entender el aumento de los intercambios entre los jueces, especialmente los constitucionales, en los últimos veinte años como la marca de un esfuerzo propiamente diplomático por su parte. Además de los seminarios que los reúnen periódicamente, hasta el punto de dar lugar a una forma de internacional de los jueces, estos intercambios se concretan a través de la práctica de ci-

---

<sup>40</sup> CANIVET, G., “*La fraternité dans le droit constitutionnel français, Conférence en l’honneur de Charles Doherty Gonthier, 20-21 de mayo de 2011*”, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1037/pdf>.

<sup>41</sup> CONSEIL D’ÉTAT, *Etude annuelle 2018. La citoyenneté. Etre (un) citoyen aujourd’hui*, París, 2018, 51-73.

<sup>42</sup> VEDEL, G., “*Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendence des droits de l’homme*”, en *Pouvoirs*, núm. 45, 1988, 149-159.

<sup>43</sup> Decisión Núm. 2010-1 QPC.

<sup>44</sup> PEJO, P., *La diplomatie parlementaire*, Thèse sciences juridiques, París, Saclay, 2016.

tación mutua de su jurisprudencia.<sup>45</sup> En un momento en el que los flujos migratorios son un tema importante para las políticas públicas a nivel nacional, europeo e internacional, y en el que las iniciativas en este ámbito dan lugar a las fantasías más desenfrenadas y alimentan el desarrollo de formas de democracia cada vez más “iliberales”, el Consejo Constitucional envía quizás una forma de mensaje internacional. En este sentido, desde el punto de vista de los valores constitucionales fundamentales, estaría desarrollando una iniciativa que entra dentro de la para-diplomacia jurisdiccional.

En el ámbito de la comunicación institucional, frente a lo que algunos autores consideran una forma de “fatiga” que afecta al constitucionalismo occidental,<sup>46</sup> el Consejo Constitucional reactiva, en términos de eficacia del constitucionalismo jurisdiccional, el imaginario de los valores fundadores del constitucionalismo francés.

---

<sup>45</sup> TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., núm. 428 ss.

<sup>46</sup> DE CABO MARTÍN, C., *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, 2014, 10.