



Comparative Law Review

2019

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
Tommaso Amico di Meane

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
Mauro Grondona

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

Comparative Law Review is registered at the Courthouse of Monza (Italy) - Nr. 1988 - May, 10th 2010.

COMPARATIVE LAW REVIEW FALL VOL. 10 /2

6

DIEGO LÓPEZ MEDINA

El proceso judicial europeo en América Latina: crítica de la Historia oficial y propuesta de nuevas perspectivas

80

CLÁUDIA TOLEDO

Judicial activism or judicial review:
distinction criteria and comparative analysis: Brazil, Argentina, Mexico,
Germany

106

TOMASZ GIARO

A Matter of Pure Conscience? Franz Wieacker And his “Conceptual
Change”

125

GIACOMO CAPUZZO

A Comparative Study on Algorithmic Discrimination between Europe and
North-America

158

ANNA PARRILLI

Religious Education in public schools and minority rights: a comparative
study of Italy and Turkey

174

ANDREA SEBASTIANI

Anatomy and terminology of business organizations: a brief comparison
and assimilation between Chinese and Italian companies

EL PROCESO JUDICIAL EUROPEO EN AMÉRICA LATINA: CRÍTICA DE LA HISTORIA OFICIAL Y PROPUESTA DE NUEVAS PERSPECTIVAS¹

Diego López Medina

TABLA DE CONTENIDO

I. CONTEXTO DEL NACIMIENTO DE LA “CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL” EN LA OBRA Y TIEMPO DE GIUSEPPE CHIOVENDA II. “GERMÁNICOS” Y “ROMANOS” COMO REPRESENTACIONES IDEOLÓGICAS EN EL DERECHO PROCESAL; III. LOS BÁRBAROS EN AMÉRICA LATINA: RECEPCIÓN LOCAL DE LA HISTORIA PROCESAL CHIOVENDANA; IV. DE LA HISTORIA IMPERTINENTE DEL PROCESO COMUNE EUROPEO A LA HISTORIA NECESARIA DE LA INTERACCIÓN ENTRE SOCIEDAD Y ESTADO EN AMÉRICA LATINA; V. ¿ES IRRACIONAL LA ORDALÍA Y EL JUICIO DE DIOS? HACIA UNA RECONSIDERACIÓN DEL DERECHO POPULAR; VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La historia del proceso judicial europeo se ha convertido, por vía de su influencia y prestigio doctrinales, en parte de la comprensión adoptada, diríase impostada, del derecho latinoamericano. Europeos continentales (especialmente alemanes e italianos) y también ingleses y estadounidenses hicieron ese esfuerzo por historizar sus procesos y sus jueces en el largo y productivo siglo XIX. Este trasplante histórico-doctrinal genera consecuencias ideológicas fundamentales que quiero discutir, criticar y, ojalá, trascender, en la dirección propuesta en el presente texto.

Trataré de sustentar esta acusación contra la ciencia procesal euro-latinoamericana e intentaré elaborar unas cuantas recomendaciones para liberar nuestra imaginación académica y práctica de la cárcel de la historia europea donde ha estado encerrada cerca de 120 años. Esa pena está ya más que cumplida y deberíamos reclamar mayor libertad intelectual y política. En el presente escrito me centraré en el trabajo de Giuseppe Chiovenda como suma y cima, a la vez, de esta narrativa clásica. Las ficciones chiovendanas se repiten acriticamente en los textos del espacio euro-latinoamericano: son parte de una historia ya canónica del tema, consagrada por la repetición y cómodamente atrincherada en el lugar de una historiografía remota y difícil que nadie, en sus cabales, se atrevería volver a re-correr críticamente. Estos proyectos son prácticos y académicos al mismo tiempo: por solo mencionar dos, tenemos un gran rezago práctico en la calidad y oportunidad de la gestión estatal de los conflictos y, al mismo tiempo, un pobre conocimiento de la articulación entre la gestión social y la gestión estatal de los conflictos. Los problemas de conocimiento generan problemas de acción. Una visión más amplia y reflexiva nos permitirá criticar la historia canónica del proyecto europeo de la “ciencia del derecho procesal” que pasa, apresurada y esquemáticamente, de la supuesta “irracionalidad” del proceso medieval a la incuestionada “racionalidad” moderna y progresiva del derecho moderno.

Los abogados tenemos un gran problema epistemológico y práctico para entender el vasto campo de la gestión y transformación de conflictos. Es un problema de conocimiento disciplinar canónico que, por incompleto y sesgado, genera obstáculos para quien quiera

¹ Este ensayo fue concebido como parte de un estudio en tres partes titulado: Historia, Teoría y Práctica del Proceso: tres ensayos programáticos para el Derecho procesal de América Latina.

adelantar una práctica profesional más comprehensiva y perspicaz. Este punto ciego proviene, en parte, de los principios fundamentales de derecho procesal forjados a partir de la visión panorámica y de larga duración de la historia judicial europea que nos formó la doctrina clásica europea en la que estudiamos. Esta historización del proceso judicial europeo la comenzaron autores alemanes en el siglo XIX; y la terminaron y aclimataron al mundo latino, al comienzo del XX, italianos, bajo la conducción disciplinar de Giuseppe Chiovenda (1872-1937).

La historia del proceso judicial europeo se ha convertido, por vía de su influencia y prestigio doctrinales, en parte de la comprensión adoptada, diríase impostada, del derecho latinoamericano². Toda escuela dogmática tiene la misión de reconstruir su historia institucional para trazar una narrativa que una y dé sentido al pasado, presente y futuro. La historia básica que se da en el comienzo de los cursos de derecho parece erudita e insulsa: pero estas historias básicas construyen el horizonte básico de comprensión de las disciplinas y de las prácticas. Europeos continentales (especialmente alemanes e italianos) y también ingleses y estadounidenses hicieron ese esfuerzo por historizar sus procesos y sus jueces en el largo y productivo siglo XIX. Los resultados historiográficos que Chiovenda resumió en sus obras se han recibido en América Latina como parte de nuestra propia historia oficial. Este trasplante histórico-doctrinal genera consecuencias ideológicas fundamentales que quiero discutir, criticar y, ojalá, trascender, en la dirección propuesta en el presente texto.

Trataré de sustentar esta acusación contra la ciencia procesal euro-latinoamericana e intentaré elaborar unas cuantas recomendaciones para liberar nuestra imaginación académica y práctica de la cárcel de la historia europea donde ha estado encerrada cerca de 120 años. Esa pena está ya más que cumplida y deberíamos reclamar mayor libertad intelectual y política. En el presente escrito me centraré en el trabajo de Giuseppe Chiovenda como suma y cima, a la vez, de esta narrativa clásica. Las ficciones chiovendanas se repiten acríticamente en los textos del espacio euro-latinoamericano: son parte de una historia ya canónica del tema, consagrada por la repetición y cómodamente atrincherada en el lugar de una historiografía remota y difícil que nadie, en sus cabales, se atrevería volver a re-correr críticamente. Son hipótesis generales (en un género mixto entre la historia, la jurisprudencia y la especulación) sobre el derecho medieval europeo que, a

² Este es uno de los artefactos centrales del eurocentrismo cultural en derecho, manifiesto también en la historia y doctrina de otras subdisciplinas jurídicas.

pesar de la importancia que los doctrinantes jurídicos les otorgaron en su momento, están muy alejadas de las preocupaciones prácticas del presente. Pero estas historias sobre el medioevo europeo son esenciales para entender a quién le otorgamos autoridad para resolver conflictos (jurisdicción) y si esa autoridad es exclusivamente estatal o si, por el contrario, es compartida con espacios populares y sociales difusos (en una confrontación fundamental entre monismo versus pluralismo jurisdiccional). Emprendo este esfuerzo de revisión, no como historiador (ni mucho menos como medievalista), sino como crítico latinoamericano de la cultura jurídica. Aspiro a que esta crítica pueda ser útil para ampliar y quizás trascender la configuración actual de la “ciencia” del derecho procesal³ y los prejuicios que su fundamentación histórica configura.⁴

Las conclusiones (explícitas e implícitas) de la narrativa chiovendana son falsas e inconvenientes para los proyectos jurídico-procesales contemporáneos en América Latina. Estos proyectos son prácticos y académicos al mismo tiempo: por solo mencionar dos, tenemos un gran rezago práctico en la calidad y oportunidad de la gestión estatal de los conflictos y, al mismo tiempo, un pobre conocimiento de la articulación entre la gestión social y la gestión estatal de los conflictos. Los problemas de conocimiento generan problemas de acción. Una visión más amplia y reflexiva nos permitirá criticar la historia canónica del proyecto europeo de la “ciencia del derecho procesal” que pasa, apresurada y esquemáticamente, de la supuesta “irracionalidad” del proceso medieval a la incuestionada “racionalidad” moderna y progresiva del derecho moderno.

³ El nombre disciplinar, aunque estable, ha sido debatido. Alrededor del 1900, el debate cundía en Italia (de donde heredamos la disputa en América Latina): la materia recibía el nombre convencional de “procedura civile” (procedimiento civil) todavía en el trabajo de Ludovico Mortara. Este nombre fue desacreditado porque empezó a decirse que representaba, tan solo, una mera exposición descriptivo-exegética de las leyes vigentes. A este enfoque, de manera crítica, lo caracterizaron los autores como mero “procedimentalismo” y le enrostraban ser trivialmente “práctico” o “práxico”: derecho de baranda, sin columna científica. La especulación conceptual y científica de la ciencia alemana del período 1850-1900 permitió elevar los objetivos y la auto-estima disciplinar. Podía ahora trascenderse el “procedimentalismo” hacia una verdadera “cienciaprocesal”. Esta ciencia procesal requería un nombre: Mattiolo propuso en 1892 el nombre de “diritto giudiziario civile”; Chiovenda, al comienzo del siglo, hablaba de “diritto processuale civile”. Como se sabe, esta disputa bautismal la ganó Chiovenda y esa es una de las razones por las que se le atribuye a él ser el padre de la moderna ciencia del “derecho procesal”. Ver la descripción y también la crítica de estos episodios en: S. Satta, *Dalla procedura civile al diritto Processuale*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Trad. Santiago Sentís Melendo: *Del procedimiento civil al derecho procesal*. Milan: 1964, p. 28; Satta, Salvatore. *Soliloquios y coloquios de un jurista*. Trad. Santiago Sentís. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 115 y s.s.; Y en: F. Cipriani, *Giuseppe Chiovenda in Parma de la "Procedura Civile" al "Diritto Processuale*. En: THÈMIS-Revista De Derecho, Vol. 43, 1902. p. 117-129. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11594>

⁴ Esto es, las cosas que se ven y las que no se ven, lo importante y lo trivial en un estudio comprehensivo y efectivo de la gestión de los conflictos.

Dividiré este argumento en seis secciones: en la primera daré un breve contexto sobre el nacimiento de una ciencia del derecho procesal en la obra de Giuseppe Chiovenda y las implicaciones de este desarrollo intelectual en la consolidación del estado jurisdiccional euro-latinoamericano. Luego, en la segunda parte, desarrollaré la “historia del proceso” que Chiovenda nos propone como la dialéctica entre el aporte “romano” y el aporte “germánico”, para develar, en esa dicotomía, que “lo germánico” es el nombre histórico con el que se designa la gestión popular, indígena y autóctona de conflictos por oposición a los sistemas estatales formalizados, eruditos y especializados que están en construcción hacia el siglo XII con el apoyo, entre otras causas concurrentes, del renacimiento del estudio universitario (en el *studium generale*) del derecho romano. En la tercera parte me adentró en el tema central de este texto: mostraré cómo se dio la recepción de esta historia europea del proceso en América Latina y cómo sirvió, paradójicamente, para negar la existencia de lo popular, autóctono, indígena y social local que se disolvió mágicamente en la historia de “lo germánico” europeo. En fin, una historia del proceso europea propuesta por Chiovenda que imposibilitó la reconstrucción seria y sistemática de la historia del proceso en América Latina. Aquí mismo mostraré cómo el derecho procesal latinoamericano ha negado el lugar y el tiempo de la gestión social de conflictos en su historia y legislación. En la cuarta parte argumentaré, además, cómo la gestión social del conflicto en América Latina ha sido invisibilizada en esta narrativa abstracta de “lo germánico” y trataré de describir los espacios y foros (históricos y actuales) donde lo popular sigue siendo esencial para entender la respuesta social al roce y al conflicto. En la quinta parte trataré de mostrar que “lo germánico”, es decir, “lo popular”, “lo indígena” y “lo social” no constituye, como se afirma desde la doctrina dominante, un despliegue de irracionalidades que han sido definitivamente superadas por la “racionalidad” estatal del proceso judicial moderno. Es necesario desprenderse de este prejuicio para lograr una mejor comprensión de la articulación entre lo social y lo estatal en la gestión de conflictos. En la sexta y última parte del presente ensayo presentaré algunas conclusiones programáticas que ojalá sean útiles para un redireccionamiento de la “ciencia procesal”.

I. CONTEXTO DEL NACIMIENTO DE LA “CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL” EN LA OBRA Y TIEMPO DE GIUSEPPE CHIOVENDA

En la célebre “prolusión de Bolonia” de 1903, Giuseppe Chiovenda hace una síntesis de la dogmática procesal alemana y ofrece a sus lectores una nueva ubicación y conceptualización de “La acción en el sistema de los derechos”. La gestión de conflictos en foros sociales locales, costumbres históricas y procedimientos pre-modernos y descentralizados se topó de frente con las exigencias de una ascendente modernidad estatal, fincada en el progreso y la evolución social y muy optimista de las posibilidades de su ampliada capacidad jurisdiccional, burocrática y técnica. La Ley centralizada y racionalizante habría de ocuparse ahora de la regulación detallada de los procedimientos para la resolución de conflictos ante jueces exclusivamente estatales. Este cambio exigía una nueva doctrina procesal que reflejase y acompañase la centralización de la justicia en cortes estatales y procedimientos codificados en la ley. Las cortes estatales asumían así de manera excluyente la doble naturaleza, como poder y como servicio, que implica la “jurisdicción”. Con ello se perfeccionó definitivamente la construcción de una de las bazas de la soberanía política del estado: el monopolio jurisdiccional⁵ que pasó a ser artículo de fe de su estructura constitucional y jurídica.⁶

⁵ Pero el estado jurisdiccional no es nuevo: nace y se consolida en un proceso histórico de larga duración. Aquí hablamos del cierre de ese proceso, no de su comienzo en la edad media.

⁶ 5 Es clarísimo que en toda América Latina y sus textos constitucionales y legales simplemente no hay reconocimiento de los espacios y mecanismos de gestión social. La ecuación derecho=justicia=estado es particularmente fuerte. En el caso colombiano, véanse los artículos 116, 228 y 229. Incluso en el Cap. 2 del Título VIII, que habla de la jurisdicción “ordinaria”, no contempla mecanismos comunitarios o sociales de gestión del conflicto:

ARTICULO 116.

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Algunas normas constitucionales de América Latina no son ajenas a esta realidad.

Entre otras: la constitución vigente del Uruguay -art. 233 a 261- mantiene la tendencia latinoamericana de detallar artículo por artículo tres grados clásicos de justicia formal: una corte suprema de cierre; un tribunal intermedio que sirve tanto de juez de primera instancia y como tribunal de apelaciones; y unos juzgados que sirven de “médicos de urgencias” o de “primera línea”. Allí detallan sus competencias, límites, requisitos y régimen de responsabilidad para acceder al cargo, algunos impedimentos, entre otras normas tipo “código procesal”. Esta tendencia no escatima en detallar las institucionales formales. Los artículos 108 a 119 de la Constitución de la Nación Argentina repiten la misma historia en menos artículos que la uruguaya. El art. 178 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia parece acercarse al punto cuando afirma que la justicia emana del pueblo y se rige por principios como la interculturalidad, el pluralismo y el servicio social. Pero luego, los bolivianos, en un estilo muy latinoamericano, vuelven al concepto institucional de justicia en el art. 179. Sin embargo, una lectura

Esta narrativa es reiteradamente contada por los procesalistas del espacio cultural euro-latinoamericano quienes identifican, al comienzo del siglo XX, el nacimiento de una ciencia jurídica autónoma a la que se unirán con entusiasmo. Esta “ciencia del derecho procesal” sería ahora la encargada directa de acompañar a los jueces y tribunales altamente estatizados, burocratizados y especializados del estado moderno en la construcción de una “doctrina”. La “doctrina” es el nombre que se le dio en la antigüedad tardía y luego en la edad media a los discursos clarificadores y sistematizadores de los evangelios que empezaron a producir las autoridades teológicas y eclesiales. Esta literatura acompañante de los textos sagrados se hizo imprescindible para identificar, precisar y anunciar con autoridad las verdades teológicas, cosmogónicas y éticas del cristianismo. Esta noción de “doctrina” fue útil en el derecho porque su estudio consistía también, como en el cristianismo, en el comentario de fuentes primarias que tenían toda la autoridad normativa, pero que requerían de estudio, interpretación, crítica y sistematización para que fueran genuinamente operativas. Para la altura del año 1900 (en Inglaterra, Francia, Italia y Alemania, por solo hablar de los países del core global), el perfil de conflictividad social se había diversificado y la demanda de justicia había aumentado por el impacto de la conflictividad social emergente de masas urbanas en procesos aceleradísimos de cambio social⁷. Este cambio en el perfil de conflictividad fue el producto de la más reciente ola de urbanización masiva y pauperización económica y moral⁸ en la que las poblaciones sufrieron dislocaciones (físicas y espirituales) provocadas por la migración y el reasentamiento que exigía la industrialización. La población enfrentó una profunda desorientación en los nuevos contextos espaciales y vitales en que se insertaba;

pausada del art.179 deja ver una ventana significativamente amplia para la autonomía de las jurisdicciones indígenas y campesinas.

⁷ El texto de Durkheim es muy dicente al respecto. Ver: É. Durkheim, *La división social del trabajo*. Editorial Biblioteca Nueva. Madrid: 2012. También hay suficiente noticia de esto en la obra de: F. Génys, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Editorial Hijos de Reus. 1902. También la hay en los socialistas jurídicos: A. Menger, *El derecho civil y los pobres*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. 1898.

⁸ Relatada en la sociología urbana por M. Castells, *La cuestión urbana*. México: Editorial Siglo veintiuno. 15 ed., 2014, p. 49-90. pero también narrada, con detalle literario, en la novela realista europea de finales del XIX que se centró en la vieja miseria de la gleba campesina y su nueva identidad proletaria en el trabajo industrial moderno: Émile Zola, Stendhal, Dostoievski, Balzac y Flaubert son buenos ejemplos; en España están Benito Pérez Galdós al comienzo, pero esta sensibilidad todavía busca mover al lector en el Pascual Duarte de Camilo José Celá; y en la América Latina, ganando conciencia de su posición subordinada en la historia universal y protestando contra ella, en un realismo muy difundido en un período largo que incluye, por solo mencionar dos patriarcas de esta sensibilidad, a José Eustasio Rivera y a Miguel Ángel Asturias.

experimentó la ansiedad de niveles aumentados de inseguridad, crimen urbano y represión estatal; sufrió el malestar originado en las disputas en los mercados de tierras y vivienda y en la articulación, frente a actores más poderosos y sofisticados, a los sistemas de salario, comercio y crédito; su hogar, antaño centro de confort y estabilidad, sufrió también disrupciones en el concepto y las prácticas de la familia tradicional. En fin: el conflicto cambió, aumentó y se agudizó como producto del desarraigo/rearraigo multidimensional que experimentaron los nuevos trabajadores de la ciudad industrializada.⁹

Este nuevo menú de conflictividad se ve teñido además por una atmósfera ideológica más crítica y pesimista: no predominan ya las narrativas de una “sociedad” entre “socios” y “compañeros” políticos que halan al unísono hacia un “bien común” orgánico o un “interés general” y que dominaban al inicio de la Ilustración a mediados del siglo XVIII y que el liberalismo político pretendía conservar. En su lugar aparecen nuevas construcciones ideológicas que enfatizan los antagonismos entre individuos y clases. La discordia se vuelve lugar común de arranque y el presupuesto del análisis político, social y jurídico¹⁰: está, en primer lugar, el aporte de la economía clásica de los ss. XVIII y XIX que rechaza el mito de la sociedad pastoril armónica y habla, en su lugar, de individuos que compiten tenazmente y donde las ganancias de uno implican pérdidas para el otro; desde ese mismo sitio ideológico, se habla de individuos que tienen que sostenerse sobre sus propios pies a través de un ejercicio intenso de iniciativa y esfuerzo económico donde los más débiles serán necesariamente relegados. Frente a una sociedad urbana en discordia, la prestación de servicios de justicia se vuelve determinante.

En estas teorías económicas, la asignación clara y definitiva de derechos de propiedad y contratos se vuelve una precondition básica del funcionamiento social. Los individuos competirán por el acceso a estos derechos que serán determinados por las reglas jurídicas legislativas y en la adjudicación judicial de conflictos. Esta dinámica de especialización funcional y competencial lleva al sociólogo francés Émile Durkheim (1858-1917) a mostrar que la “civilización” no constituye necesariamente una mejora moral de la vida humana:

⁹ De certezas religiosas claras a nuevas ofertas y escepticismos religiosos; de la vida natural inmóvil y bien determinada, al amplio espacio de la movilidad, las opciones y el proyecto abierto e indeterminado de vida urbana. El refrán alemán: *Stadtluft macht frei!*, “el aire de la ciudad libera”, expresa bien este punto. Véase el artículo: T. Yamagishi et. al. *Stadtluft Macht Frei (City Air Brings Freedom)*, *Journal of Cross-Cultural Psychology*, vol. 43, pág. 38-45. 2012. En: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0022022111415407>

¹⁰G. Simmel, *The Sociology of Conflict*, *American Journal of Sociology*, Volume 9, Number 4, Jan., 1904. También en: G. Simmel, *On individuality and social forms*, University of Chicago Press. Chicago and London. 1971, p. 73 y ss.

“Si, por lo demás, se analiza este complexas mal definido que se llama civilización, se encuentra que los elementos de que está compuesto hállanse desprovistos de todo carácter moral. Es esto sobre todo verdad, en relación a la actividad económica que acompaña siempre a la civilización. Lejos de servir a los progresos de la moral, en los grandes centros industriales es donde los crímenes y suicidios son más numerosos [...] Hemos reemplazado las diligencias por los ferrocarriles, los barcos de vela por los trasatlánticos, los pequeños talleres por las fábricas; todo ese gran despliegamiento de actividad se mira generalmente como útil, pero no tiene nada de moralmente obligatorio”.¹¹

Pero, como es bien sabido, esta narrativa bien pensante de la discordia social tendrá versiones aún más profundas y ácidas. Teóricos sociales de la izquierda crítica hablarán de lucha de clases, de una sociedad partida por dinámicas de explotación, sobretrabajo y plusvalía donde el conflicto individual es apenas expresión y ejemplo de conflictos estructurales más profundos e inevitables. En ambas versiones, la liberal y la marxista, la sociedad moderna parece como un espacio donde los individuos están en curso de choque entre sí. Se trata de discordia competitiva que aumenta la productividad pero que tiene que ser rápidamente atendida por el Estado para que sus costos no sean mayores que sus pretendidas utilidades.

No solo hay más conflictos, sino que los marcos ideológicos dominantes de la época resultan más propicios para el aumento de la percepción de su existencia e importancia estructural. La ciudad europea industrializada, en algunas de sus versiones más oscuras, evoca escenarios generalizados de conflictividad.¹² No en vano la sociología y la psicología de la época se lanzan ávidamente, en algunas de sus principales expresiones, a hacer

¹¹ É. Durkheim, *El suicidio*. México: Editorial Fontamara, 2011. También en: É. Durkheim, *La división social del trabajo*. Madrid: Ediciones Akal. 2001. p. 59.

¹² “Gotham city”, donde se desenvuelve el drama del carácter ficcional Batman y sus antagonistas, es una expresión literaria y audiovisual muy fuerte y estereotipada de esta idea. El “Gotham city” del film “Joker” expresa el desarraigo, el aislamiento, la neurotización y, finalmente, la patologización de la conducta personal. El clima de la película termina siendo pesimista y apocalíptico. Aparentemente Es imposible, de otro lado, que Gotham City, que originalmente invoca a Nueva York, no se utilice como distopía predicable de muchas otras ciudades. Ver: *Joker*. Dirigida por Todd Phillips, 2019. Productoras: DC Films, Village Roadshow Pictures, Bron Creative, Joint Effort Productions, Sikelia Productions.

exploraciones del conflicto: nace el esfuerzo extrajurídico de hacer una “conflictología” desde las ciencias sociales. Muchos de estos científicos sociales querían mantener el contacto con la ciencia jurídica y sus preocupaciones; el derecho, sin embargo, respondió con su tradicional autarquía, soberbia e indiferencia, reforzadas naturalmente con el dominio, al menos en Europa, de una marcada aversión positivista a la interdisciplinariedad.

Las nuevas ciencias sociales y la literatura y la expresión estética “realista” de finales del XIX y comienzos del XX dan una clara idea de los paisajes convulsos y conflictivos de grandes ciudades europeas donde se mezcla, al mismo tiempo, el entusiasmo y la desesperanza. Los sociólogos de la época observan con cuidado y aprehensión las dinámicas del conflicto y la sociedad parece revelar profundas líneas de fractura. En estos ambientes urbanos se está construyendo la dogmática procesal que luego sería ávidamente leída en América Latina. Pero los doctrinantes europeos, influenciados por el historicismo y el romanticismo, todavía no han dado el paso decisivo hacia el realismo y el sociologismo. Están construyendo nuevas sistematizaciones, pero lo hacen bajo el embrujo de los viejos materiales y formas de pensar. No construyen aparentemente cosas nuevas, sino que explican y sistematizan las ya existentes. Sus textos tienen ciertamente respuestas específicas a problemáticas del entorno, pero el tono doctrinal dominante en la ciencia del derecho impide que se argumente en el marco de contextos-fines-propósitos-consecuencias-políticas; se prefiere, en su lugar, el círculo argumentativo de ley-doctrina jurídica establecida-lógica conceptual-sistematización.

La “ciencia del proceso” de la que habla Giuseppe Chiovenda a partir de 1903 nació como un esfuerzo de élites jurídicas por continuar una ciencia histórica y una ciencia dogmático-sistematizadora del derecho. Su gesto era más bien autista desde el punto de vista de políticas públicas y entornos sociales. Pero su autismo teórico y metodológico no quiere decir que no haya respondido a una necesidad imperante. Sin ello, de hecho, no hubiera florecido. Arrancó en cierto aislamiento de su entorno social. Pero su utilidad, en realidad, tenía que ver con condiciones sociales de su época. En el ambiente europeo de finales del XIX y comienzos del XX, la estatalización de la justicia estaba alcanzando nuevas cotas y presiones. La antigua función meramente coordinadora de la justicia real y cameralista estaba dando paso a una justicia estatal monopólica que quería asumir el peso completo de las tareas de mantener orden social frente a la realidad de los conflictos (ahora leídos como ilícitos en contra del derecho estatal). De forma quizás inconsciente, la nueva dogmática procesal ofreció un marco sistemático (con posteriores traducciones

legislativas) para el desarrollo de una justicia estatal institucionalizada, burocratizada y especializada que debía servir ahora al conflicto de las grandes masas urbanas.

El liderazgo científico y doctrinal de esta ciencia dogmática se dio en Alemania e Italia: allí aprovecharon a cabalidad el posicionamiento académico de sus universidades y profesores que habían construido una amplia, aunque no necesariamente útil¹³, literatura sobre la materia a partir del siglo XII, pero ahora retomada y re-energetizada en el XIX. La ciencia jurídica culta de Bolonia y París se mantenía viva y saludable y este capital intelectual europeo les permitió asumir y continuar el liderazgo disciplinar. Ninguna otra ecología intelectual o política en el mundo podía siquiera hacer sombra frente al peso innegable de sus investigaciones histórico-jurídicas. Además, Alemania e Italia solo se habían unificado recientemente como Estados, superando así una dinámica feudal multisecular de diversidad de foros judiciales y derechos municipales. La ciencia abstracta se vio estimulada y, a la vez, alimentó un propósito político concreto.

El nuevo énfasis en lo estatal, sin embargo, produjo un olvido mayúsculo: la nueva dogmática se focalizó de manera exclusiva en la justicia hegemónica de los Estados nacionales emergentes y abandonó el esfuerzo por entender o articular el espacio social difuso de la gestión de los conflictos que quedó así relegado a la historia feudal. El Estado asumió que este espacio social se extinguiría para que sus componentes diluidos se integraran definitivamente en el proyecto de monopolización estatal de la “justicia”. El Estado asumía así un papel preponderante en las tareas de control social. El tándem, antaño integrado, entre formaciones sociales y Estado, dio paso ahora a una separación absoluta de esferas. La dialéctica hegeliana que relacionaba con facilidad la ley, la moral y la eticidad, de un lado, y el estado, el mercado y la sociedad civil del otro, fue reemplazada por una implacable especialización funcional donde el Estado tenía la misión de disciplina a la sociedad y el mercado que se imaginaban como esferas separadas y diferentes. El estado se empeñó así en lograr soberanía jurisdiccional absoluta. La doctrina jurídica procesal lo acompañó con un énfasis marcado en el papel de la ley y del proceso estatal.

¹³ Con toda su erudición, es claro que la mayor parte del historicismo es claramente desueto en el derecho contemporáneo. Solo algunos de sus productos han podido ser convincentemente convertido en una historia moderna, útil y accesible para la ciencia del derecho. Curiosamente ha quedado más su influencia como sustrato teórico en la formación conceptual, aunque la historia hubiese sido indispensable para ello.

La dogmática de los juristas se enfocó a ofrecer descripciones y sistematizaciones de este derecho estatal que posibilitaron su extensión de la modesta justicia subsidiaria y supletoria de las comunidades o de la Cámara real a verdaderas jurisdicciones con proyectos para copar el espacio territorial y social. Con ello se fue disminuyendo el espacio vital de funcionamiento de los foros sociales de gestión de conflicto. El estado asumió soberanía jurisdiccional para crear un orden social más integral y homogéneo basado en la Ley; y confió que tendría la capacidad administrativa y burocrática de responder al incremento exponencial de la demanda para la resolución de conflictos entre urbanitas aislados que no compartían, como en los escenarios rurales de los que se diferenciaban, espacios comunitarios densos. En este cambio de énfasis nació la moderna ciencia del derecho procesal que se desentendió y desconectó así del extenso pluralismo socio-jurisdiccional dominante en el largo “feudalismo” europeo.¹⁴

El problema empieza, incluso, por la conceptualización cambiante e inestable que las diferentes corrientes de la ciencia jurídica del siglo XIX hacen de los foros sociales dispersos de gestión de conflictos. Los juristas románticos europeos del siglo XIX (de filiación historicista y conceptualista¹⁵) tenían todavía una apreciación marcadamente positiva de estos mecanismos de gestión social. Como el historicismo los lleva a construir el derecho desde el “pueblo” y sus “costumbres”, observan con atención y aprecio los foros locales. En estos foros se revela todavía una cierta hibridez entre las costumbres comunitarias inveteradas y un parcial proceso de formalización en leyes municipales (que no logran todavía el estatus de nacional-estatales, ni pretenden ser integrales o innovadoras). Este cruce fecundo aumenta la legitimidad y la eficiencia de la gestión social del conflicto.

En Hugo, Savigny y los historicistas originales (ca. 1790-1830), la gestión social aparece como práctica y privilegio del Volk: Es el pueblo en el que se manifiesta un espíritu popular y que permite la reconstrucción del derecho popular (Volkrecht). La fuente de este derecho está en la costumbre y los usos. El derecho folklórico puede ser recogido parcialmente en derecho legislado; puede también ser elaborado y depurado en el derecho técnico de los juristas. Pero a pesar de esta absorción parcial en el derecho formal de legisladores y juristas, conserva su identidad, potencia y autonomía relativa frente al Estado. El Estado

¹⁴ Según algunos historiadores, las últimas pavesas del feudalismo solo vendrían a extinguirse en un proceso histórico lento y complejo cuyo capítulo final puede datarse entre los estallidos populares de la “primavera de las naciones” (1848) y la unificación política definitiva del Regno de Italia de Victorio Emanuel II (1861) y del Deutsches Reich de Guillermo I (1871).

¹⁵ Fundamentalmente alemanes, con una destacada participación de los ingleses.

complementa el derecho social difuso para darle fuerza, certidumbre y obligatoriedad; pero la costumbre social retiene y aporta al proyecto estatal sus normas sustanciales y procesales, con la legitimidad, espontaneidad, eficacia y eficiencia que exhibe. Sus virtudes provienen de los procesos sociales populares que encarna.¹⁶

La gestión popular-folklórica de conflictos fue legitimada en la primera mitad del siglo XIX europeo bajo el impulso del creciente nacionalismo alemán, italiano e inglés. Se apreciaba lo propio y lo local, como expresión de un espíritu popular nacional que se desplegaba orgulloso para distinguirse de otras naciones que aspiraban a entrar a la historia universal. Esta versión romántica de la modernidad jurídica construye al Estado en diálogo con la sociedad históricamente existente. Este historicismo está presente en la celebración y conservación de las interpretaciones social-populares del common law inglés, del droit coutumier francés, y de los elementos autóctonos presentes en la Alemania sajona, la Italia longobarda y la España visigótica. Por remoto y arcano que parezca, aquí es de donde arranca el elemento histórico de la moderna ciencia del derecho procesal que ha llegado impensadamente a América Latina. Pasaremos a revisar ahora las implicaciones de esta narrativa histórica romántica en la configuración de la conciencia disciplinar contemporánea del derecho procesal.

II. “GERMÁNICOS” Y “ROMANOS” COMO REPRESENTACIONES IDEOLÓGICAS EN EL DERECHO PROCESAL

En varios de sus textos, Chiovenda presenta a sus lectores un resumen de la evolución histórica del processo comune italiano. Este “proceso común” es un ensamblaje estilizado de las características comunes de los sistemas procesales locales en los diferentes estados italianos con anterioridad a la reunificación nacional¹⁷. La narrativa chiovendana resume, para el caso italiano, la integración entre los derechos tribales y comunitarios de los pueblos “germánicos” y el derecho académico y elegante de las universidades que, desde el siglo XII, rescatan el derecho romano. El processo comune es, pues, una gran abstracción: y como toda abstracción, representa y falsifica al mismo tiempo. Esta historia

¹⁶ F. Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Editorial Comares. 2008.

¹⁷ G. Chiovenda, *Instituciones De Derecho Procesal Civil*. Tomo I. México: Cárdenas Editores, 1989. También en: G. Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922.

chiovendiana de convergencia entre elementos dispersos fue muy importante para el nacionalismo italiano de finales del XIX y su proyecto político y doctrinal de unificar el derecho procesal como derecho del Estado legislativo y jurisdiccional. Hipostasiar un “proceso común” ya existente consolidó la materia prima para que el Estado procediera a legislar un código unificado: la abstracción del “proceso común” pre-existente mitigó, en parte, la imposición del derecho nacional unificado sobre los foros y procesos locales.

La narrativa histórica básica¹⁸ que ofrece Chiovenda es la siguiente:

“El proceso civil moderno en Italia, como en la mayor parte de las naciones de Europa, es la resultante de la fusión de varios elementos, sobre los que descuellan el romano y germánico.”¹⁹

Esta es una forma sintética de decir que el denominador común del estilo forense dominante en la Europa de los ss. XIII a XIX era una mezcla de los elementos populares y comunitarios de resolución de conflictos (a los que se les asignaba una identidad “germánica”) y de los elementos más técnicos, cultos, librescos, formalizados y civilizados de jueces y juristas que hablaban latín y que ya tenían una educación técnica en derecho (que provenía, a su vez, de una identidad “romana”). Esta teoría de la mezcla era un “descubrimiento” novedoso de los historiadores alemanes del derecho del siglo XIX: antes de esa literatura se llegó a creer que el proceso común era exclusivamente de matriz romana, pero se descubrió que muchos de sus elementos venían del “proceso germánico” popular de la antigua edad media.²⁰

El “elemento germánico” es, por tanto, una abstracción más arriesgada y difícil: cubre todas las formas tribal-comunitarias de resolución de conflictos de Europa occidental en un período extenso de tiempo (600 a 1100 AD), bajo la ficción de que provienen de un estilo común de gestión de conflictos compartido por un grupo etno-cultural amplio. La caracterización de “lo germánico” cubre también la sobrevida que esos elementos tuvieron luego de la recepción del derecho romano en el siglo XII y hasta la época de las codificaciones nacionales europeas en los siglos XVIII y XIX. Este elemento germánico es compartido, según los autores, por francos y borgoñones, longobardos, sajones y anglos, alemanes y visigodos y luego se transmite y arraiga en los foros municipales y locales de gestión de conflictos en la baja edad media en la medida en que estos grupos se

¹⁸ En Chiovenda, pero luego repetida ad nauseam y sin verificación independiente de ningún tipo, en la tradición chiovendista latinoamericana. Esta historia a vuelo de pájaro terminó siendo una leyenda

¹⁹ G. Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 1.

²⁰ Véase el recuento del “pan-romanismo” que hace J. Silva Vallejo, *El derecho procesal en la edad media*. Lima: Editorial Cultural CUZCO S.A., 1998, p. 17.

van cristianizando y su antigua identidad tribal va hundiéndose en una memoria latente. La historiografía jurídica dominante se ha concentrado en la historia procesal de los bárbaros que se asentaron en lo que luego serían los países europeos centrales (Francia, Italia, Inglaterra, Alemania y España). La historia del proceso de otros pueblos “bárbaros” germánicos (como vándalos, hérulos, jutos y suevos) es menos conocida; y mucho menos investigada aún la “justicia” de los pueblos “bárbaros” no germánicos, sino túrquicos, eslavos e iraníes que terminaron por conquistar otras zonas euroasiáticas por fuera del core euro-occidental. Algunas de estas formaciones jurídicas tribales lograron consolidarse y formalizarse fuertemente en Inglaterra y Francia (Anglia e Imperio Carolingio) donde se empezó a hablar, con nombre propio, de un common law y de un droit coutumier de los pays du nord. Mientras la revolución francesa abortó el desarrollo de una hibridación estado-sociedad en el droit coutumier, los ingleses, y por su influencia en Estados Unidos y toda la commonwealth de naciones, el common law medieval siguió siendo fundamental en su conciencia histórica y política.²¹

Para Chiovenda²², pues, “lo germánico” es un conveniente resumen de muchos elementos que circulan por la historia de los procesos europeos: se habla, en un amplio campo de sinónimos, del elemento popular, de las costumbres y usos, del derecho de los bárbaros, del derecho primitivo, del derecho arcaico, del derecho pre-clásico, del derecho pre-moderno, del derecho folklórico, etc. Estas diversas conceptualizaciones jurídico-antropológicas darían paso, con el avance del siglo XX, a un listado aún más largo de denominaciones que se van yuxtaponiendo. En el campo semántico se mantienen muchos de los viejos conceptos que

adquirirían con el tiempo un tono peyorativo que no tenían en los juristas románticos que originalmente las expusieron²³; y, ya en el siglo XX y XXI, se incorporan varios otros conceptos en los que se continúa la lucha entre juristas positivistas y estatistas (que desvalorizan el mundo amplio y difuso de la gestión popular y de los conflictos) y ciertas nuevas sensibilidades teóricas (que provienen de la antropología, del comunitarismo, de

²¹ 20 En la conciencia, pero es muy improbable que hoy en día el common law anglo-americano retenga, en la práctica, elementos genuinamente comunitarios y personales. Se trata, más bien, de un derecho alta, y quizás exclusivamente, estatal. La participación comunitaria en el proceso judicial es hoy más bien marginal. Por eso, hoy en día, common law no significa tanto “derecho judicial comunitario”, sino “derecho judicial profesional”. Véase al respecto el ensayo de: J. Langbein, *The Disappearance of the Civil Trial in the United States*, Yale Law Review, No. 522. 2012. En: https://www.yalelawjournal.org/pdf/1121_gocaah57.pdf

²² Y en ello está toda la resonancia de Savigny y su escuela historicista.

²³ Así, por ejemplo, los conceptos de derecho “arcaico” y de derecho “primitivo”.

ciertas corrientes del socialismo, en fin, de diversos “pluralismos”) que lo reclaman y lo revalorizan. Se habla aquí, bajo la sombrilla amplia del “pluralismo jurídico”, de justicia comunitaria, justicia indígena, justicia profana o laica, justicia de vecinos, justicia asociacional, justicia popular (otra vez), justicia alternativa, justicia informal, mediación social y así, también, con un largo etcétera. Cada uno de estos conceptos tiene una historia individual y hay tensiones entre ellos, pero pertenecen, al final, a una misma familia de sensibilidades políticas y jurídicas, aunque en manifestaciones y proyectos muy dispersos de los que no podemos dar cuenta ahora.

¿Cuál es el aporte –se pregunta Chiovenda- de este amplio elemento germánico al processo comune italiano? Aquí Chiovenda recoge las conclusiones de la investigación académica de los alemanes del siglo XIX²⁴ y encuentra un abigarrado listado de características:

“El proceso germánico” se caracteriza por su brevedad y simplicidad; es un derecho popular, vivo, simple que va de forma directa a sus objetos. Su propósito no era el de formar el pleno conocimiento del “juez”, sino resolver el conflicto entre las partes.²⁵ “El juez” es colectivo y comunitario: existía una amplia participación de la comunidad en el proceso. Los casos, de hecho, se presentaban y debatían ante una asamblea popular o ante jurados donde se daba trámite y juzgamiento comunitario y participativo a los casos. El elemento germánico inspira, pues, una justicia popular de participación directa, con asamblea, jurado popular de conciencia y, luego, con el tiempo, de escabinato²⁶. Los ancianos y los sabios tenían una voz especialmente respetada. El objeto del “proceso germánico” era múltiple: se ventilaba el agravio y se creaba el espacio para la toma de conciencia recíproca entre victimario y víctima, discusión comunitaria ampliada, aceptación voluntaria de una determinación de la situación ocurrida, cambio de actitud basado en la neutralización del conflicto y, así, reconstrucción de la paz social. Toda esta

²⁴ Aquí Chiovenda se apoya fundamentalmente en el trabajo de: J. J. W. Planck, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht : Entwicklung d. prozessualischen Erscheinungen, d. durch d. Einfluß mehrerer Rechtsstreitigkeiten auf einander hervorgerufen werden*. En: Göttingen: Dieterich, VIII, 561.1844. Y en: C. Martin, *Lehrbuch Des Deutschen Gemeinen Bürgerlichen Prozesses*. Editor: Arkose Press, 2015. Ver: Chiovenda, Giuseppe. *Romanismo y germanismo en el proceso civil*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/238/t/t10.pdf>. También ver a: F. Cipriani, *Giuseppe Chiovenda en Parma: de la "procedura civile" al "diritto processuale"*. mayo 1900-diciembre 1902. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11594>

²⁵ G. Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*. Op. cit., p. 238.

²⁶ Según el Diccionario del Español Jurídico de la RAE, el escabinato o jurado escabinado es un sistema de conformación aleatoria de jurados compuesto de legos en derecho y expertos juristas, incluyendo jueces en ejercicio. Este jurado “mixto” se conforma para decidir un caso en concreto.

gestión buscaba, en últimas, impedir la venganza social inmediata en contiendas a muerte o vendettas.

Para lograr esto, sus elementos técnicos eran sencillos y directos: demandante y demandado hacían sus alegaciones en juramentos preliminares. El objeto de la prueba, especialmente la de juramento, se encaminaba a probar, no los hechos, sino la sinceridad y credibilidad de las afirmaciones hechas. En la doctrina jurídica se habla, de juramentos decisorios (del pleito), supletorios (de otras pruebas), asertóricos (de afirmaciones) o purgatorios (en los que se cree para purgar las posibles dudas que haya sobre el demandado o el acusado). Como la invocación de Dios valía tanto en este mundo germánico cristianizado²⁷, las afirmaciones se hacían con una imprecación a la divinidad para que castigara al perjurio. La violación del juramento era grave: la gente temía perder su alma en la eternidad por el pecado cometido. El sentido de culpa y obligación frente a Dios eran fuertes y compartidos.

Según Chiovenda, el objetivo del “proceso” era dirimir el pleito, darle conclusión a la discordia para restaurar la paz social. Para ello participaban otros miembros de la comunidad como con-juradores de las partes, pero se examinaba no la veracidad de sus dichos, sino su sinceridad y apoyo al litigante. El juzgamiento de la sinceridad del juramento o de los co-juramentos se hacía, si no se lograba solución rápida, frente una fuente trascendente que funcionaba como oráculo²⁸. La prueba, por medio del oráculo, se dirigía al demandante y a la comunidad, y no al juez. En el mundo germánico cristianizado el oráculo se transformó en alguna forma de juicio del Dios cristiano que se manifestaba por ordalías²⁹ de diferente tipo. El procedimiento era naturalmente oral y sin instancias superiores ni posibilidad de apelación.

La historia chiovendana del elemento germánico no es enteramente consistente, sin embargo, habla de algo popular, simple y directo. Pero también, a contrapelo, sugiere que

²⁷ Aunque no puedo entrar a profundidad en este punto, es esencial recordar al lector que los bárbaros se cristianizan y, de hecho, germanizan profundamente al cristianismo de la Europa occidental. El paganismo germánico cede al cristianismo que se convierte así en la religión de pueblos que están en proceso de constitución de estados nacional-territoriales. Véase H. Pirenne, *Mahoma y Carlomagno*. Trad. Esther Benítez Eiroa. Madrid: Editorial Alianza. 2008. En ese proceso se acentúa la distancia con el cristianismo helénico-ortodoxo del oriente bizantino, hasta el gran cisma entre Roma y Bizancio en el 1054. Hans Küng da una clara y concisa noticia de esta cristianización en su libro “El Cristianismo: esencia e historia”, Editorial Trotá. pp. 358-373.

²⁸ Según el DRAE: Mensaje o respuesta que las pitonisas y sacerdotes daban en nombre de los dioses a las consultas y peticiones que los fieles les formulaban.

²⁹ Literalmente, según el DRAE: “prueba o experiencia difícil que uno soporta”.

la influencia de la cultura popular y de las creencias religiosas hacían del “proceso” algo formal y solemne que respondía a su invocación trascendente y taumatúrgica. Así, el proceso no arranca con una mera *litis denunciatio*, sino con una *litis contestatio solemne*³⁰ donde las partes, cara a cara, anuncian su voluntad formal de pleitear frente a la comunidad entera. Es un combate o duelo formal que adopta forma de juicio imbricado en el mundo mítico-religioso de la comunidad. La prueba de este juicio es formal e incontrovertible: se da completa deferencia si un número tasado de conjuradores o si Dios corrobora las afirmaciones del reclamante. Se dice, por tanto, que el elemento germánico es el antecedente del principio de prueba tarifada que los códigos modernos y contemporáneos rechazan en su orientación empirista, racionalista y objetivista. Aunque los juicios eran naturalmente orales, la llegada de la escritura a las comunidades generó la costumbre de transcribirlos por lo que se le imputa al elemento germánico, con la misma facilidad, la aparición del principio de expediente y escritura como forma técnica de adelantar el proceso. Al demandante se le emplaza para que concurra ante el “juez” y allí se le notifica la demanda, en dos actos separados y formales. El juramento tiene carácter de “prueba” decisiva: es asertórico de los hechos, y no promisorio, ni estimatorio. Hoy se rechaza tal juramento asertórico porque no creemos que partes interesadas sean capaces de vencer sus intereses para confesar la verdad. En un mundo desencantado, además, no podemos creer que la invocación de Dios pudiera asegurar, por sí sola, la sinceridad y veracidad de lo jurado. Aunque existen límites a lo que se puede decir, pensamos que la declaración de parte es eso, parcial y sesgada, y que se usa fundamentalmente para investigar resquicios o incoherencias en la teoría del caso de la contraparte. Como el juicio es comunitario, implica la celebración de un evento social con proclamas públicas para la citación de terceros indeterminados con “interés” en el proceso. Es un proceso privado, porque las partes lo dominan; pero es comunitario, porque es en presencia de todos, es parte del cotilleo de la comunidad y vincula a todos en sus resultados. Se dice, por tanto, que domina una comprensión privada- dispositiva del proceso, a pesar de su imbricación y consecuencias comunitarias. El mismo proceso y las mismas técnicas probatorias sirven para lo civil y lo penal, y no existe una clara distinción entre estas esferas (hoy especializadas y técnicas) de la gestión del conflicto social.

³⁰ Hoy es un asunto burocrático de notificación de la demanda y contestación de la misma. No hay mucho de mágico hoy en día en esta *litis contestatio* racionalizada y burocratizada.

Como el “elemento germánico” se despliega en la edad media reciente o tardía³¹ (ss. XII a XV), en medio camino de la formación del poder del estado nacional- territorial, los autores lo caracterizan ambivalentemente entre “jurisdicción” y “arbitraje”, aunque sus decisiones sean socialmente obligatorias. La ejecución de los laudos se hace en procesos sumarios de ejecución civil que proceden por embargos y secuestros de bienes que se realizan con recursos y fuerza privada (no estatal) y que dependen, por tanto, de la presión social y de los mecanismos de vergüenza y violencia que la comunidad ejerza sobre el ejecutado.

La caracterización chiovendana del proceso germánico de gestión de conflictos es dispersa e inconexa. Es difícil ver la secuencia del “proceso”, sus pasos y el detalle de su funcionamiento. Su objetivo explícito es más bien mostrar características indeseables, por irracionales, que ya han sido trascendidas en el derecho moderno y que ayudan a explicar, por contraste, los principios de una verdadera ciencia moderna y civilizada del proceso. Esta “ciencia del proceso” tiene como objetivo normativo identificar las mejores técnicas y prácticas procesales y probatorias para llegar a la verdad probable de lo sucedido, restablecer la paz social e imponer las consecuencias legales que terminaron reemplazando el viejo proceso germánico.

Para Chiovenda, de otro lado, “lo romano” es lo contrario de “lo germánico”. Es el influjo de un proceso más técnico, más profesional, más civilizado y más racional. El proceso romano parece más consonante con el racionalismo jurídico moderno que se supone anticipado por las dinámicas prácticas (pero ya técnicas y racionalizadas) del derecho romano. Al contrario de los derechos folklóricos, el derecho romano ya había abandonado, según los autores, su faceta más religiosa y primitiva en un proceso de transición del fas al ius.³² Por esa misma razón, el derecho romano no es solemne, ritual ni taumatúrgico. Menos sencillo, inmediato y espontáneo, pero también y sin contradicción, menos solemne y ritualista. El objetivo del proceso romano es formar la

³¹ La “baja” edad media es mejor descrita como “tardía” o “reciente”, por oposición a la “antigua”, “temprana” o “alta” edad media. A. Ruggiero, A. Tenenti, *Los fundamentos del mundo moderno: edad media tardía, renacimiento, reforma*. Historia Universal Siglo XXI. Volumen 12. Trad. Marcial Suárez. Ed. No. 11. España: Editorial Siglo XXI. 1980.

³² Los romanos hicieron el paso del fas al ius, y por eso reclaman la paternidad de la experiencia occidental del derecho. Pero los germanos mantuvieron, de manera típica, la simbiosis entre estas esferas normativas. Para profundizar la transición romana del fas al ius ver: R. Orestano, *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*. Italia: Bocca, 1941, p. 8; Es también útil el artículo de A. Flores, *La relación entre ‘fas’ e ‘ius’ en la romanística contemporánea: substratos ideológicos de un debate sobre la relación entre religión y estado*. Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 24, 2013-2014. p. 505-515.

convicción empírica del juez, no comprobar la sinceridad del juramento del demandante. El juramento no tiene importancia en el marco epistemológico romano, como sí en el germánico. La prueba no es el privilegio del demandado para restaurar su honor (en el juramento o el juicio de Dios), sino la carga del demandante para dar plausibilidad a la verdad. Él tiene que probar la plausibilidad de su reclamo y no esperar a que Dios emita su juicio. Las pruebas admiten contrapruebas (lo que no es posible en el juramento o en el juicio de Dios) y eso cambia completamente la finalidad, el tono emocional y el ritmo de la fase probatoria que se vuelve, por necesidad, antagonista y “adversarial”. El juez neorrománico debe evaluar las pruebas y pronunciar un juicio sobre ellas. En el proceso germánico, como hemos visto en contraste, la prueba es unilateral y decisoria del caso. Por eso en el derecho romano hay una distinción más rotunda entre la fase probatoria y la sentencia final que emite el juez, mientras que en el germánico la ordenación probatoria constituye, por sí misma, la decisión del caso. En el proceso germánico la fase probatoria termina con una sentencia interlocutoria prematura que ya obliga al juez y a la comunidad y en la que se dice quién ha de emitir el juramento asertórico. La sentencia que defiende el juramento a uno de las partes es, por tanto, decisiva del caso. En Chiovenda, finalmente, lo romano también es un elemento controlado por el derecho del Estado que tiene, además, funcionarios e instituciones especializados en su trámite. “Lo romano” ya es el fruto de un imperio políticamente consolidado, mientras que “lo germánico” proviene de una mezcla heterogénea y variable de grupos pre- y, luego, sub-estatales: Sippe³³, Tribu, Confederación, etc. Su status político es más ambiguo y ciertamente no tenían “estados” aún bien consolidados a lo largo de la alta edad media en donde coexisten con imperios y reinos todavía en formación.

No tengo idea alguna si esta historia que Chiovenda transmite (y de lo que no es autor original) es confiable o no. Comparado con historiadores del derecho medieval posteriores, la narrativa de Chiovenda es dispersa y fragmentada. De su lectura no es fácil salir con una idea clara de cómo era el proceso en el medioevo remoto germánico y cómo éste dio paso al proceso tardomedieval y a la formación del processo comune romano-germánico. Chiovenda trae un cierto resumen de la ciencia histórica alemana del XIX que fue minuciosa, pero, al mismo tiempo, profundamente nacionalista y cuyas técnicas historiográficas (todavía lejanas de los estándares más contemporáneos) suscitan hoy fundadas sospechas. Es evidente, además, que la historiografía de la época tenía piezas

³³ La Sippe era la familia amplia o parentela germánica.

sueñas del rompecabezas, pero todavía no tenía bien armada la secuencia procesal ni se preguntaba por la relación entre el proceso y el contexto para tratar de reconstruir la funcionalidad y racionalidad pragmáticas de las instituciones. Su explicación se queda trabada en la comprobación de que se trataba de un derecho arcaico e irracional que, sin embargo, llegó a tener alguna sobrevida institucional al mezclarse con lo romano y lo canónico. Se trata, además, de una historiografía romántica fundamentalmente abandonada por la ciencia del derecho contemporánea y que solo mantiene algo de su vigor en el pequeño círculo de los medievalistas jurídicos³⁴. Podemos decir, sin arriesgar mucho, que esta narrativa chiovendana tiene algunas verdades, algunas falsedades y algunas especulaciones incontrastables. Más aún: de su lectura no queda clara, para nada, la panorámica del funcionamiento del derecho germánico de la alta edad media ni la del processo comune de la baja edad media italiana. Pero eso, por ahora, no importa.

La recuperación del derecho romano en el studium generale de Bolonia es parte de un primer renacimiento de los saberes que se consolida en una forma específica de saber, la escolástica. Esta escolástica conceptualista, sin embargo, luego tendría un descenso estrepitoso por la influencia del segundo renacimiento y luego por el cambio copérnico que en filosofía y epistemología inicia Galileo, Descartes y luego continúa en la marea inatajable de racionalismo, idealismo e empirismo como secularización radical del pensamiento filosófico.

Importa, sí y mucho, saber que esta narrativa ha sido repetida, normalizada y naturalizada como historia del proceso y de la ciencia del derecho procesal en el espacio euro-latinoamericano. Es efectiva y real porque cuenta una historia que es ampliamente creída en la enseñanza del derecho y no tanto porque haya ocurrido así: se trata, de hecho, de una historia demasiado genérica y abstracta como para que haya ocurrido de esa manera

³⁴ Pero no por la “historia del derecho”. Esta se ha movido hacia los márgenes de la disciplina. En los márgenes, el “derecho medieval germánico” no ha sido del todo olvidado, pero está lejos de estar en el centro de la reconstrucción dogmática del derecho civil, del comercial o del procesal, como ocurrió entre 1820 y 1890. En el trabajo académico erudito, el derecho germánico ha recibido quizás dos olas adicionales de consideración detallada que, sin embargo, no han actualizado las crudas reflexiones de la manualística procesal y probatoria en América Latina. Así, por ejemplo, en los años cincuenta y, de nuevo, en los setenta y ochenta del siglo XX. La interesante es que, a pesar de ello, la noticia histórica en América Latina del “elemento germánico” proviene directamente de Chiovenda: las ordalías y el iudicium Dei, los juramentos y las compurgaciones son ofrecidas como el pasado irracional y primitivo que el moderno derecho procesal y probatorio han trascendido definitivamente. Pero a pesar de esta sesgada convicción, todavía surgen aquí y allá marcadas dudas existenciales de si nuestros procesos, en el actual estado, son genuinamente racionales o si no responden, más bien, a nuevas formas de contingencia similares al iudicium Dei.

concreta en algún sitio específico de Europa; y, más allá de eso, no puede ser cierta de ninguna manera para el mundo amplio y difuso que conoce con el nombre genérico de “América Latina”. Con todo, esta historia abstracta configura los límites del derecho procesal, especialmente aquellos que se dan entre el derecho estatal y el derecho social-popular. Esta es, por mucho, la frontera más extensa de la ciencia del proceso. Importa mucho saber dónde se traza la línea y qué queda adentro y qué afuera de los esfuerzos y de las investigaciones disciplinares.

Pero regresemos por un momento a la escena europeo para terminar: en Chiovenda, a pesar de todo su aparente sincretismo cultural, el elemento romano no pesaba lo mismo que el elemento germánico. No se trataba de un verdadero sistema “mixto”, “común” o “intermedio”. El processo comune italiano no era, en realidad, romano-germánico. Según sus palabras,

“Aunque me ha parecido prudente abstenerme, por ahora, de afirmaciones generales, me atrevería a decir que también en el derecho moderno ha seguido prevaleciendo el elemento romano. Pues ciertamente las características más salientes del proceso germánico y sus derivados, el concepto de juicio, la prueba formal y, por ende, la legal, la exageración del juramento, las censuras en el procedimiento, el principio de preclusión y el eventual (salvo pocas aplicaciones subsistentes), etcétera, han desaparecido; y por el contrario, son romanas las ideas fundamentales sobre la relación procesal y sobre la prueba, cuando menos. De este modo somos mucho más romanos en nuestro proceso de lo que lo fueron nuestros padres, pues en muchas instituciones la legislación y la ciencia nos han vuelto a llevar al derecho romano puro.”³⁵

Después de todas estas consideraciones, Chiovenda termina por revelar un sesgo latino-romanista: lo romano y lo germánico no son dos fuerzas iguales que se unan para formar una tradición mixta o híbrida. Para él, más bien, “lo romano”, sinónimo de lo racional-estatal, se apodera de lo germánico, sinónimo a su vez, de lo popular-irracional. En vez de

³⁵ G. Chiovenda, *Romanismo y germanismo en el proceso civil*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/238/t/t10.pdf>

ser dos elementos de una misma mezcla, Chiovenda está proponiendo en realidad una historia de avance y progreso: lo germánico cede espacio a lo romano y está bien que así sea. Este avance tiene otras manifestaciones terminológicas: lo primitivo avanza hacia lo moderno; lo premoderno da lugar a lo moderno; el proceso socialmente imbricado, al proceso estatalmente especializado; lo taumatúrgico, mítico y religioso del sentir popular a lo lógico-racional. En la historia de Chiovenda, lo germánico tiende a desaparecer en un proceso incontenible de racionalización y estatalización de la justicia. Y “lo germánico” es, en últimas, el disfraz doctrinal que en la historia jurídica de Europa se esconde la gestión social-popular no especializada y no racional de los conflictos.

La historiografía jurídica de Chiovenda habla de “lo germánico” en Europa, pero reserva y proyecta al resto del mundo las etiquetas, más cargadas, de “lo aborígen”, “lo primitivo”, “lo salvaje” y “lo indígena”. El “proceso común romano germánico”, más aún, el “derecho romano-germánico”, son conceptos que recogen, aunque oscuramente, el sincretismo entre el derecho popular-tribal y su elaboración técnica en un derecho elegante y letrado que el Estado se va apropiando. La narrativa chiovendana, por tanto, también da la falsa idea de que “lo germánico” ha sido definitivamente transcendido en una historia de progreso hacia lo formal-estatal donde se manifiesta la razón y la lógica en la gestión de los procesos. La gente, así, ha dejado de ser miembro de sus pueblos, grupos y comunidades primitivas y ha adquirido la identidad de sujetos políticos en relación y dependencia con el Estado y su proyecto de control social.³⁶

III. LOS BÁRBAROS EN AMÉRICA LATINA: RECEPCIÓN LOCAL DE LA HISTORIA PROCESAL CHIOVENDANA

Chiovenda tuvo y tiene muchos epígonos en España y América Latina. Sigue siendo considerado el padre de la “ciencia del derecho procesal” en una disciplina que, como pocas, ha custodiado y engrandecido su propia hagiografía: “Con Chiovenda –dice Osvaldo Gozaíni- se abandona el estudio puntual del procedimiento y se inicia la ciencia

³⁶ Esta narrativa chiovendiana invisibiliza, desde el punto de vista histórico, el nacimiento del derecho romano de una génesis también indígena, consuetudinaria y popular. Lo romano es también fruto de esta dinámica entre lo popular y lo estatal. Esa versión está bien narrada, especialmente en el campo de lo procesal, en el excelente artículo de: P. G. Monateri, *Gayo, El Negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental*, P. G. Monateri,; G. Samuel, *La invención del derecho privado*. Bogotá: Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores. 2006. pp. 95-216.

del proceso, propiamente dicha”. Su influencia es comprensible: “traduce” y compendia del alemán al italiano y, por esa vía al español también, el acervo histórico de la alta doctrina procesal europea que a lo largo de siglos se había escrito en latín medieval y que la ciencia jurídica alemana (con sus saberes filológicos e historiográficos) ahora controlaba y transformaba a sus anchas. Más que un innovador por derecho propio, Chiovenda es un conector y diseminador de pensamiento. El lugar señero que ocupa Chiovenda ha llevado a que la doctrina procesal latinoamericana haya recorrido los mismos caminos, no solo en la conceptualización sistematizadora, sino en la reconstrucción histórica. La ciencia procesal chiovendana, como buena hija del romanticismo historicista alemán, tiene como prolegómeno necesario la historia: “Dentro de los productos de Chiovenda –en la opinión generalmente muy respetada del español Niceto Alcalá-Zamora-, me parecen superiores los ensayos a las obras generales [...] Y entre los ensayos [...] Romanismo y germanismo en el proceso civil””.

Eduardo Couture estima también que, en la historia del derecho procesal europeo, “los documentos fundamentales [...] son los de Chiovenda”.³⁷

Esta narrativa histórica chiovendana es recogida, sin asomo de crítica o reflexión, en la mayoría de las “partes generales” de la manualística dominante en el ámbito hispanoamericano. A estas discusiones eruditas sobre derecho medieval nadie presta mayor atención por razones obvias. Pero, mal que bien, trazan los límites básicos del campo. Esta historia aparece intocada en sus líneas generales, en la obra de Niceto Alcalá-Zamora (1945), Hernando Devis Echandía (1961), Hugo Alsina (1963) y Oswaldo Gozaíni (2009)³⁸. Estos cuatro libros muestran la envidiable resiliencia de la narrativa a lo largo del siglo XX y en lo que va del XXI. Aunque sólo sea de manera algo ceremonial y ligera, los estudiantes de derecho de hoy siguen siendo expuestos a ella. El eco chiovendiano se escucha fuerte y claro en todas estas obras que forman la ideología básica de la disciplina

³⁷ Para sustanciar esta afirmación, Couture cita dos textos básicos de Chiovenda: *Romanesimo e germanesimo del processo civile* [supra nota 34] y el ensayo de G. Chiovenda, *L'idea romana nel processo civile moderno*, Rivista di diritto processuale civile. Vol. I, 1932. p. 332.

³⁸ En este escrito citamos a: O. Gozaíni, *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Argentina: Editorial La Ley. 2009.; H. Devis Echandía, *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis. 1961.; H. Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2da Edición. Parte general. Buenos Aires: Editorial Ediar. 1963.; N. Alcalá-Zamora y Castillo, *Estudios de teoría e historia del proceso*. Serie Clásicos de la teoría general del proceso. Vol. 3. México: Editorial Jurídica Universitaria. 2001.; E. Couture, *Estudios de derecho procesal civil. Tomo I: la constitución y el proceso civil*. 3ra Ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2003.

procesal y probatoria. Bastará con algunos ejemplos, donde los textos mismos revelan con facilidad la progenie chiovendiana de la historia trasplantada a América Latina:

En el Tratado de Derecho Procesal Civil de Hernando Devis Echandía el derecho romano es el fruto de “una apreciable evolución” en la “ciencia del proceso”: “en él la función judicial se deriva de la soberanía del Estado, siendo pública por consiguiente, y el proceso se considera como un instrumento de certeza y paz indispensable. El juez es una especie de árbitro que decide las controversias de las partes con su criterio y conforme a la ley.”³⁹ Pero habría desafortunadamente un retroceso histórico en el paso de la antigüedad romana a la oscura noche del Medioevo: “A la caída del imperio romano se impone en esta rama [del derecho] como en todas, el crudo derecho germánico, en el cual la divinidad habría de fallar los conflictos mediante modos especiales de manifestación de su voluntad, tales como el llamado juicio de Dios”.⁴⁰ En lo germánico, “el proceso es una función de la comunidad a la que acude el lesionado en demanda de ayuda y composición; el fallo deriva su fuerza primariamente del pueblo y más tarde del rey.”

Para Hugo Alsina, “la facultad de juzgar entre los bárbaros, pueblo errante y aventurero, residía en el pueblo, y, como no tenían leyes escritas, los juicios se resolvían de acuerdo con las tradiciones conservadas de los ancianos⁴¹”. Los demás tópicos chiovendanos se suceden uno tras otro en la doctrina hispanoamericana: “Como se ve, el proceso germánico es más formulista que el romano, le da al juez menos facultades y a las partes menos medios de prueba⁴².” La conclusión valorativa es contundente: “El sistema germánico [...] fue sin duda un retroceso en la evolución del derecho procesal”⁴³; o, alternativamente, “[se] demuestran inferioridad originaria del sentido jurídico [de los germanos]”⁴⁴. La situación afortunadamente habría de mejorar en el vaivén histórico de la historia de larga duración: el derecho germánico iría retrocediendo con la aparición del derecho canónico y el renacimiento del derecho romano entre los siglos XII a XIV. Gracias a este trabajo civilizatorio, nace el proceso común que, como lo decía Chiovenda, es más romano que germánico. Pero, según Devis, “[las] reminiscencias del formalismo

³⁹ H. Devis Echandía, *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis. 1961. p. 67.

⁴⁰ Ibid. pp. 67 y 68.

⁴¹ H. Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2da Edición. Parte general. Buenos Aires: Editorial Ediar. 1963, p. 213.

⁴² H. Devis Echandía, op. cit, p. 68.

⁴³ Ibid. p. 68.

⁴⁴ H. Alsina, op. cit, p. 216.

germánico constituyeron una de las causas de la lentitud y complicación del proceso que aún perduran en nuestros días, como lo observa el profesor José Chiovenda”.⁴⁵

Esta forma de lectura es claramente etno-nacionalista y constituye, no tanto un aporte historiográfico, como un ataque romanista contra la amenazante ciencia jurídica alemana en las luchas globales entre juristas por lograr influencia en el espacio de la comparación y los trasplantes entre naciones. El tratamiento que hacen italianos, españoles y latinoamericanos de la historia del derecho procesal es un esfuerzo, para nada sutil, de reclamar la preponderancia de “lo romano” y, más ampliamente, de “lo latino”.

Este esfuerzo es quizás entendible en el nacionalismo italiano de finales del XIX y comienzos del XX, pero resulta paradójico y contra-intuitivo en juristas que hablan desde una América Latina caracterizada por el “subdesarrollo” económico, la debilidad del estado y la insoslayable presencia de comunidades indígenas y mestizas en situaciones de acentuada pobreza rural y urbana y todavía precariamente absorbidas y atendidas por las dinámicas totalizantes de un incipiente estado ejecutivo y jurisdiccional. Esa América Latina todavía ocupaba parcial y asimétricamente el espacio de lo premoderno, de lo tradicional, de lo consuetudinario y, en últimas, de lo primitivo. Para nuestra élite de juristas académicos, en cambio, el derecho romano-germánico es, en últimas, genuinamente latino, y lo que tiene de “germánico” constituye más bien un lastre.

En el mismo sentido Alcalá-Zamora subraya menos la hibridación del proceso romano y el germánico en la edad media temprana, sino más bien la recepción universitaria, curial y cameralista del derecho romano que ocasionó que los juristas elegantes y los Estados modernos fueran abandonando, “para bien” en sus propias palabras⁴⁶, los derechos nacionales germánicos entre los siglos XII y XVI. De esa forma, el derecho romano se impuso de la mano del poder real como “instrumento para afirmar su poder sobre banderías nobiliarias y particularismos locales”.⁴⁷ En eco a esta posición, los procesalistas latinoamericanos subrayan con particular énfasis y celo las “irracionalidades” germánicas que su ciencia moderna del derecho procesal ha pretendido eliminar. Generan así un contraste entre el derecho bárbarico que ha sido definitivamente trascendido y el derecho técnico y científico que ha creado una tradición académica y legislativa a la que ellos pertenecen.

⁴⁵ H. Devis Echandía, op. cit, p. 69.

⁴⁶ N. Alcalá-Zamora y Castillo, *Estudios de teoría e historia del proceso. Serie Clásicos de la teoría general del proceso*. Vol. 3. México: Editorial Jurídica Universitaria. 2001, p. 64.

⁴⁷ Ibid. p. 64.

Por esta vía, pues, España y América Latina contarían incluso con mejor suerte que Italia —donde lo germánico-longobardo tenía que ser necesariamente acomodados en la historia del proceso y del derecho procesal—. En cambio, el derecho español y el de América Latina provienen de una línea genealógica más “limpia” si se le compara al de Alemania o Italia. Así, la Ley de Enjuiciamiento civil española de 1855 proviene, en términos generales, de la Partida III de Alfonso el Sabio que, “como texto de derecho común medieval, proviene en su mayor parte de fuentes romanas”.⁴⁸ El tronco familiar queda así en gran parte purificado de la presencia de “lo germánico”: para Niceto Alcalá-Zamora “podríamos decir que las instituciones procesales vigentes en los países americanos de habla española son hijas de la ley de 1855, nietas del código Alfonsino y bisnietas del derecho romano”.⁴⁹ A esta historia dominante en América Latina (donde lo germánico es descriptiva y normativamente subordinado a lo romano y a lo estatal-moderno) solo se le propone, a mediados del siglo XX, una alternativa que, a pesar de su interés, terminó siendo marginal. El profesor uruguayo Eduardo Couture, tan interesante y profundo como era en sus investigaciones, ofreció para América Latina una alternativa de reconstrucción de la historia medieval europea. En breve resumen, Couture afirmó que, contrario a lo que pensaban los “latinistas” chiovendianos, el proceso popular germánico exhibía mayor valor que lo romano: el estado visigótico, en efecto, organizó un derecho público procesal que se materializó en el Fuero Juzgo. Este código legal traducía al romance el antiquísimo Liber Iudiciorum o Lex Gothica. De él afirma Couture, quizás con algo de exageración: “Yo tengo para mí que el fondo humano del Fuero Juzgo, no ha sido superado, desde el punto de vista procesal, en los trece siglos posteriores”.⁵⁰ Couture era para la época de esta afirmación —en 1948— un jurista reformista que enfatizaba, no tanto la racionalidad y conveniencia del derecho procesal estatal de su época, sino sus profundos defectos e inconsistencias. El principal problema del proceso latinoamericano, en su conjunto, era su exacerbado individualismo que se manifestaba en el dominio ilimitado del “principio dispositivo”. El individualismo convertía el proceso en una relación de mero derecho privado, “en el cual la voluntad de los particulares se sirve del Estado como instrumento

⁴⁸ Ibid. p. 61.

⁴⁹ Pero, claro, este punto de vista tiene claros opositores en España donde algunos historiadores se han dado a la tarea de rescatar las raíces godo-medievales del derecho español. Sobre esto, véase el texto subsiguiente.

⁵⁰ E. Couture, *Estudios de derecho procesal civil. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1948, p. 296.

de discernimiento de la justicia y de coacción para cumplir el fallo [...]”.⁵¹ El derecho germánico era loable porque concebía el proceso como relación de “derecho público” y hacía de la igualdad procesal entre las partes su principio esencial. Couture cita con gran entusiasmo algunas máximas del Fuero Juzgo que, imbricadas en su famoso Decálogo del Abogado⁵², son parte del humanismo reformista por el que terminó siendo tan reconocido dentro de la disciplina procesal. Couture es, dentro de la ecología intelectual de los procesalistas, el autor que más arriesga un discurso emotivo del “corazón” (un cierto esprit de finesse a la Pascal) frente a la retórica más bien seca y técnica de sus colegas (que refleja, por oposición, un esprit de geometrie cartesiano).⁵³ Couture pondera “el escrúpulo de la igualdad” del Fuero Juzgo y lo echa de menos, por contraste, en el derecho individualista moderno: “Todo hombre que tiene pleito y lo da a algún hombre poderoso para que por su ayuda de poderoso pueda vencer a su adversario, debe perder la cosa y el pleito, aunque lo demande con derecho. Y el Juez, si aquél poderoso quisiera intervenir en el pleito, puede prohibirle que lo haga. Y si el poderoso no lo quisiera dejar ni quisiere salir del pleito, el Juez le debe exigir dos libras de oro, una para sí y otra para la otra parte, y echar al poderoso fuera del juicio por fuerza”.⁵⁴

El Fuero Juzgo (a pesar de lo exótico e irrelevante que parece) le sirve a Couture para afirmar la crisis del derecho procesal civil de su propia época en “casos en los cuales el principio de igualdad es un puro principio teórico, en contraste con la realidad de la vida. Se puede ver que de qué manera todo el sistema del proceso individualista desfallece, en aquellos casos en los cuales no hay igualdad ante la ley. Hoy percibimos cómo este sistema cruje y se rompe frente al obrero indefenso que litiga contra el industrial poderoso; frente al menor desamparado que litiga frente al padre que lo ha abandonado; frente al individuo aislado que litiga con el Estado onnipotente; frente a la mujer que tiene los necesarios escrúpulos de su pudor y de su virtud, ante el marido que la ofende y que la ultraja en la vida del hogar. Allí no hay igualdad frente a la ley”.⁵⁵

⁵¹ Ibid. Pág. 309.

⁵² E. Couture, *Los mandamientos del Abogado. Manuales Jurídicos*, Serie No. 4. México: Editorial Universidad Autónoma de México. 2003.

⁵³ B. Pascal, *Pensamientos*. Editorial: Orbis. 1983. Pensamiento No. 21.: “Los geómetras que sólo son geómetras tienen, pues, una mente aguda, con tal de que se les explique bien todas las cosas por medio de definiciones y principios; de otro modo se equivocan lamentablemente, porque sólo saben razonar basándose en principios bien aclarados.”

⁵⁴ E. Couture, *Estudios de derecho procesal civil. Tomo I: la constitución y el proceso civil*. 3ra Ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2003, p. 298.

⁵⁵ Ibid., p. 324.

Los escritos de Couture bebían así de la sensibilidad de la nueva generación de juristes inquietes franceses e italianos de la época, post-chiovendanos e interesados en responder a la “cuestión social” mediante “reformas”. En el frente histórico, además, Couture ya conocía la obra del historiador español Eduardo de Hinojosa quien había intentado ya avanzar en el estudio específico de lo “germánico-español” en la larga presencia del estado visigótico en la península Ibérica y en el lugar señero del Fuero Juzgo, mucho tiempo antes de la consolidación del derecho romano-castellano de las Siete Partidas. En Hinojosa el estudio cercano de lo visigótico lo llevó a considerar con enorme empatía el influjo germánico en España. Couture recoge esta nueva apreciación académica y cambia radicalmente la evaluación de las fuentes históricas del derecho procesal hispanoamericano que ha sido dominante en la doctrina: “Desde el punto de vista político, es decir, en su fondo mismo de justicia, el derecho procesal de las Partidas, no supera aquel equilibrio maravilloso de libertad y autoridad, característico del Furo Juzgo”.⁵⁶ A pesar de ello, se lamenta, serán las Partidas (y no el Fuero Juzgo) las que darán los principios fundamentales del derecho procesal en los territorios colonizados allende el mar.⁵⁷

Esta nueva historiografía a la que se acerca Couture, además, tenía una nueva comprensión de las relaciones entre derecho y sociedad: se trataba de una corriente “sociológica” que apreciaba el valor del derecho popular y que buscaba encontrar, no solo el derecho formal vigente sino el derecho efectivamente aplicado en las comunidades. En esta misma línea, los trabajos de derecho foral aragonés de Joaquín Costa también son reveladores de otra forma de comprender lo jurídico en el mismo momento en que el germanismo romántico da paso y se entronca con nuevos estudios de la naciente “sociología del derecho” que se centran en una re-apreciación del derecho consuetudinario. Con esos lentes, el derecho germánico era mucho más importante y valioso que lo que la escuela chiovendana dominante afirmaba. Para el caso hispanoamericano en Hinojosa y Couture, se trataba de una historia que no se limitaba a lo romano- castellano, sino que reclamaba un origen plural donde lo germánico e incluso lo mozárabe debían también ser rehabilitados y reapreciados. Eran estudios de “derecho vivo” y no de “derecho vigente”. El derecho vigente, además, era tan solo teórico, sin aplicación efectiva en las comunidades de la península. Era la traducción al derecho de la visión, no interna y escolástica de los procesalistas italianos, sino más amplia y filosófica, en el ámbito de la cultura española

⁵⁶ Ibid., p. 304.

⁵⁷ Ibid., p. 304.

general, de un Ramón Meléndez Pidal. Entre los procesalistas mayores latinoamericanos, solo Couture siguió esta línea historiográfica con cierta consistencia, pero sin ser plenamente consciente de la divergencia que ello implicaba frente a la dominante narrativa chiovendana.⁵⁸ Así, por eso, su descripción del período medieval es notoriamente diferente a la historia oficial proveniente del consenso italo- latinoamericano liderado por Chiovenda.

Las consecuencias de la historia Chiovendana (a la que Couture, en realidad, no le hace contrapeso decisivo) son demoledoras en la doctrina procesal de la América Latina: A partir de ella, los autores locales niegan la existencia o el peso de lo social, de lo comunitario, de lo tribal o de lo aborígen indiferenciado en la historia local del proceso; no explicitan ningún espíritu popular de base que haya influenciado o marcado las demandas de justicia en las instituciones procesales formales; su historia es la de un Estado abstracto que construyó el derecho procesal de espaldas a esas presencias y heredades populares, autóctonas e indígenas. Nuestra doctrina procesal nunca llegó a reconstruir el “derecho popular” con el orgullo de los románticos alemanes: ni el indígena precolombino, ni el indígena en la hibridación con las instituciones coloniales, ni el popular-social posterior de sectores más hispanizados o blanqueados que, en todo caso, preservaban parcialmente sus propias dinámicas comunitarias dentro de sus folkways. Estos derechos fueron totalmente invisibilizados por la llegada del derecho real español (que, como hemos visto, reclamaba ser fundamentalmente “romano-castellano”) y del derecho canónico (también “romano”). Los derechos nacionales posteriores fueron igualmente concebidos dentro de esta lógica estatista y anti-sociológica. Los elementos “germánicos” que allí sobrevivían eran pocos, estaban desapareciendo y, finalmente, eran imposibles de comprender o de traducir para el contexto de las “Indias occidentales”.

Esta suerte de “lo germánico” europeo afectó la historia y la comprensión de “lo aborígen-indígena-social-popular” en América Latina, al menos en los círculos de los abogados letrados y de su interpretación de las tareas de la “ciencia procesal”. La doctrina procesal afirma enfáticamente que el proceso común hispanoamericano (otra abstracción formada de los derechos nacionales poscoloniales del continente, con excepción de la República

⁵⁸ 57 En el campo de la historia del derecho otros se han aventurado sin duda al estudio del derecho visigótico, pero sin las repercusiones sistémicas que adjudico a la obra de los procesalistas fundacionales. Entre estas obras históricas, por ejemplo, está el trabajo de J. Silva Vallejo, *El derecho procesal en la edad media*. Perú: Editorial Cuzco, 1998.

Dominicana⁵⁹) es español y, por esa vía, puramente romano. En el viaje de lo español a América, desaparecieron las últimas trazas de lo aborígen e indígena europeo que no lograron abrir el análisis de lo aborígen o indígena local y su influencia en los estilos nacionales de gestión de conflictos. Esta disposición historiográfica invisibiliza con mucha fuerza los múltiples derechos populares de la región que nunca han aparecido con suficiente visibilidad en la historia oficial del proceso.

La estrategia chiovendiana se despliega en América Latina con una variación importante que la hace más alarmante y peligrosa: como aquí no existía “lo germánico”, ninguno de los doctrinantes latinoamericanos de la larga y dominante tradición chiovendana reclamó el espacio de lo local, de lo consuetudinario y de lo popular como fuente (en cualquier sentido) de los procesos judiciales del Estado-Nación moderno. La doctrina procesal latinoamericana nunca ha lidiado a profundidad con el fenómeno de articulación del derecho popular disperso en el derecho estatal centralizado, ni en la etapa colonial ni en la moderna.⁶⁰ Pero hay un punto adicional: si la doctrina procesal no lo hizo a finales del siglo XIX a pesar de su fundamentación en el historicismo alemán, el derecho legislado (español o de las nuevas repúblicas) fue incluso más reacio a aceptar un proceso de hibridación entre lo popular y lo estatal. Esto puede corroborarse de manera somera a continuación.

En la época colonial, el Rey español impuso una idea de gobernanza basada en el “imperio directo”: el derecho español debía imponerse sobre el local, así como la religión católica sobre el fetichismo y el paganismo de las creencias indígenas. Los ingleses, en cambio, aceptaron alguna forma de “imperio indirecto”: permitieron que sus sujetos coloniales aborígenes continuaran teniendo sus propios usos y costumbres que solo serían objetados por el Estado en los casos más importantes y amenazantes para el orden público (homicidios, etc.) El “derecho indiano” español, por tanto, no implicó ningún reconocimiento amplio del “derecho indígena”. El “primitivismo procesal” de los pueblos y de las poblaciones amerindias fue utilizado como estrategia de control político por parte de la Metrópoli.

⁵⁹ Que fue el único que se movió hacia el derecho francés posrevolucionario.

⁶⁰ Sí hay esfuerzos de esta naturaleza en la sociología jurídica y en los estudios socio-jurídicos, pero no en la doctrina procesal “seria” y dominante.

Pero la República latinoamericana del siglo XIX no fue procesalmente más pluralista que el Imperio español. Como hemos visto, el romanticismo no ejerció mayor influencia en los doctrinantes jurídicos latinoamericanos. Ellos, por su aspiración a identificarse con la doctrina europea, hubieran podido haber tenido algún gesto de ese tipo, análogo al rescate chiovendano (aunque fallido) de lo germano-longobardo. Pero no supieron replicar el gesto: copiaron los resultados de la historiografía europea sin preguntarse por su posible traducción a las condiciones locales. Más bien, los legisladores, juristas y políticos locales del siglo XIX tendieron a recibir influencias de varias versiones de pensamiento racionalista que circulaban por entonces. El romanticismo jurídico alemán temprano de Savigny estaba claramente fuera de sus posibilidades intelectuales y prácticas; el conceptualismo más maduro de finales del XIX (donde Chiovenda destacaba) era incluso más académico e inescrutable que el de Savigny. Como hemos visto, ni los juristas más sofisticados de la región parecen comprender esta peculiar ecología intelectual europea que emulan y repiten, pero cuyos métodos y propósitos no parecen entender o controlar a plena cabalidad. Ejecutan trasplantes teóricos impuros de sitios de producción a recepción con incomprensiones notorias frente a la situación local.

Como hemos dichos, los políticos y legisladores, que dominaban las leyes y los códigos, recibieron influencias de corrientes “racionalistas”. Una coalición amplia y abigarrada de ideas “ilustradas”, “utilitaristas” y “positivistas” los llevó a separar tajantemente entre “lo salvaje” y “lo civilizado”. La legislación buscaba, en términos generales, tratar a los salvajes como ciudadanos de la República en igualdad de condiciones; pero esa igualdad solo podía ser asegurada paternalistamente a través de medidas de protección y recuperación de sus tierras que dependían, casi siempre, del Estado, de la Iglesia o de “protectores de indígenas”. Este racionalismo genérico dominó en América Latina y, como hemos visto, no hubo un romanticismo “germanista” que pudiera hacerle contrapeso mediante una articulación más dialéctica entre “lo popular” y “lo técnico”; y, cuando ese germanismo llegó de alguna forma (en la doctrina procesal de Chiovenda, por ejemplo), sus consecuencias más importantes fueron desechadas porque la interpretación local se ancló literalmente a la noción europea de “lo germánico”, sin cuestionarse por su potencial traducción a “lo indígena” local. Esta ceguera continúa hasta el día de hoy donde la comprensión literalista (sin traducción) de “lo germánico” es todavía dominante.⁶¹

⁶¹ Algunos juristas españoles alcanzaron a desplegar una historia nacional del Derecho Español donde “lo germánico” adoptó la forma, más concreta, de lo gótico español. J. Costa, *La vida del derecho*:

El racionalismo dominó como fuente ideológica para lidiar con el problema indígena en la construcción de un derecho nacional en el siglo XIX. Su diagnóstico era típicamente ilustrado: el pluralismo de foros de gestión de conflictos era confuso y desordenado, generaba diferenciaciones injustificadas y falta de uniformidad en la aplicación de la Ley entre clases y estamentos y, finalmente, condenaba a los “pueblos” dispersos de la Nación a vivir bajo una forma de vida “salvaje”. Este diagnóstico del racionalismo lo empujó a militar naturalmente a favor de la centralización y estatalización de todos los procesos populares en Códigos Judiciales omnicomprendivos y generales. El juez estatal asumió su monopolio. En la experiencia indígena (o popular, en general) no se vio nada de particular valor que mereciera ser rescatado en la decantación positivista de los procesos. La codificación bebió directamente de los nuevos códigos europeos y de su doctrina jurídica, no de los elementos endógenos locales.

El fuero indígena era el espacio más conspicuo (¡pero no el único!) de derecho popular en América Latina. Otros grupos y comunidades intermedias reclamaban también espacios para la gestión de conflictos, pero entre blancos y mestizos este reclamo se podía hacer más cómodamente a través del derecho a la propia familia, a la libertad de asociación, a la libertad de libre empresa y, en últimas, a la garantía general del Estado a la autonomía de la voluntad privada. Estas nociones liberales no cubrían a todos los sujetos con la misma facilidad porque tendían a favorecer los espacios sociales difusos que construían asociativamente blancos y mestizos prestigiosos.

La legislación decimonónica colombiana del fuero indígena muestra un buen ejemplo de este racionalismo monista en materia procesal, judicial y probatoria. La Ley 89 de 1890 (“por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, según su colorida auto-descripción) manifiesta una clara sensibilidad positivista donde no hay espacio para acomodar lo popular-indígena dentro de los procesos legales dominados por el Estado. La estrategia general era comisionar a la autoridad eclesiástica para que, en diálogo con el estado, fueron logrando la civilización de los salvajes. El objetivo de la “civilización” era fundamentalmente de asimilación en la religión, el derecho y los procesos del estado-nación criollo. Mientras se iniciaba este proceso de civilización, estas “incipientes sociedades”⁶² serían regidas por un derecho

ensayo sobre el derecho consuetudinario. 2da Ed. Madrid: Biblioteca Costa. 1914. No existe algo comparable en América Latina.

⁶² Según la Ley

especial y no les sería aplicable la legislación general de la República.⁶³ Pero en los temas de justicia y gestión de conflictos, la Ley buscaba un proceso civilizatorio más acelerado para los “salvajes”: la legislación general, es decir, el Código Judicial ordinario sería aplicado directa e inmediatamente por los jueces estatales a los conflictos inter-comunitarios entre indígenas e “individuos o asociaciones que no pertenezcan a la clase indígena”⁶⁴. Pero eso no sería todo: el derecho estatal también sería aplicable directamente a controversias “entre indígenas de una misma comunidad, o de éstos contras [sus] Cabildos” o de una “parcialidad” indígena con otra⁶⁵. Estos conflictos intra-comunitarios, además, eran curiosamente degradados a mero derecho de policía mestizo: ya no serían resueltos por el juez de circuito sino por el Alcalde del Municipio al que pertenecieran en mero juicio de policía, pero siempre y en todo caso, por el derecho estatal.⁶⁶

Lo popular, lo comunitario y lo indígena, pues, no se ha reconocido en la doctrina histórica procesal ni, mucho menos, en el derecho moderno creado por fiat estatal (bien sea el colonial o el de los nuevos estados surgidos después de las Independencia). Por comparación a las alturas que llegó a tener “lo germánico” europeo, nunca llegó a consolidarse entre nosotros, más allá de los relatos marginales de algunos antropólogos⁶⁷, el potencial Volkrecht proveniente del derecho de los pueblos quichuas dominados por el

⁶³ Artículo 1º. Declarado inexecutable en la sentencia C-139 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana. El artículo 1º negaba la aplicación de las leyes de la república a las comunidades salvajes convertidas a la civilidad por las misiones religiosas. La Corte Constitucional declaró inconstitucional la norma. La Constitución reconoce y protege las costumbres indígenas del dominio integracionista que una vez se quiso y de intervenciones gubernamentales o eclesiásticas de cualquier tipo. Los pueblos indígenas y sus territorios ancestrales se rigen por principios propios de dignidad y el auto-reconocimiento de sus instituciones. Para la Corte, el paradigma cambia pues las normas y procedimientos indígenas no necesitan de regulación legislativa para que éstas funcionen con autonomía.

⁶⁴ Artículo 10º.

⁶⁵ Según la Ley.

⁶⁶ Artículo 11.

⁶⁷ Entre otros:

- M. Aguilar-Moreno, *Handbook to Life in the Aztec World*. Reino Unido: Oxford University Press. 2006. En:

https://books.google.com.co/books/about/Handbook_to_Life_in_the_Aztec_World.html?id=iT5cw4rQdoC&redir_esc=y ;

- R. F. Carter, *The Amazing Aztec Jurisprudence*. Vol 50, No.7 July. 1964. Estados Unidos: American Bar Association Journal, Pág. 667. En: <https://www.jstor.org/stable/i25722856> ;

- S. Kellogg, *Law and the Transformation of Aztec Culture: 1500–1700*. Estados Unidos: University of Oklahoma Press. 1995. En: <https://academic.oup.com/ahr/article-abstract/102/1/232/171112?redirectedFrom=fulltext>

- J. Offner, *Law and politics in Aztec Texcoco*. New York: Cambridge University Press. 1983. Pág.

340. En: <https://catalogue.nla.gov.au/Record/1791151> ;

- J. Seus, *Aztec Law*. Journal Vol. 55, No. 8, agosto. Estados Unidos: American Bar Association, 1969. Pág. 736-739.

- M. Smith, *The Aztecs*. 3ra Edición. Editor: Wiley-Blackwell. 2011.

Inca (en el Tahuatinsuyu- hoy Perú), ni de la cultura Mexica-Azteca (en México-Tenochtitlán, hoy México)⁶⁸, ni de la Muisca (en la confederación de Bacatá y Hunza, hoy Colombia).⁶⁹ Mucho

menos se llegó a estudiar la posible construcción histórica de un *ius commune* o un proceso comune que recibiera influencia mixta de conciencia popular e instituciones técnico-procesales del Estado. Si, de otra parte, no existen estos esfuerzos con relación a los imperios amerindios más ambiciosos, mucho menos se intentaron con relación a federaciones o pueblos más locales y aislados que terminaron siendo, con mayor razón, arrinconados cultural y políticamente en los proyectos de construcción de las identidades nacionales. Ni los pueblos dominantes ni los dominados ni los independientes cuentan en la historia del “proceso”:

Pero es obvio que los hombres y mujeres (indígenas, comuneros, negros, mestizos, campesinos, urbanitas, etc.) de las Américas sí tenían (y tienen) sus procesos de gestión de conflictos en sus fueros o lugares originales; más importante quizás, estos hombres y mujeres sí tenían (y tienen) sus propias comprensiones, preferencias y expectativas con relación al conflicto que también modelaban, de alguna manera, el actuar de los tribunales estatales cuando éstos atraían la competencia para el conocimiento de sus causas. Lo popular entra en el derecho formal de muchas maneras: qué quiere y que espera la gente después de demandar, qué consecuencias tiene el juzgamiento o la negociación sobre el status social de los litigantes, cómo se articula el reclamo profano del derecho con su tramitación y lenguaje técnico y especializado y cómo se aplica la resolución de los jueces en la comunidad conflictuada. La “comprensión del mundo” de la población por supuesto que afecta y condiciona todos los métodos y procedimientos de gestión de conflictos, incluidos el estatal (a pesar del aislamiento técnico-científico que reclama tener). La gestión de los conflictos es intensamente social, afectiva y emocional. La “justicia” no es un atributo abstracto, sino que es una necesidad psico-sociológica que depende del mundo,

⁶⁸ Ver el trabajo de: G. Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. 1971. Esto es lo más próximo que conozco en un esfuerzo por hablar de un derecho indígena-moderno en la forma de un derecho azteca-mexicano.

⁶⁹ L. Fernández De Piedrahita, *Historia General de la Conquista del Nuevo Reino de Granada*. Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Económica; A. Suescún, *Derecho y Sociedad en la Historia de Colombia*: T.I, El derecho Chibcha, siglo IX- siglo XVI. 2da edición. Bogotá: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia; J. Gamboa, *El Cacicazgo Muisca en los años posteriores a la Conquista: Del Psihipqua al cacique colonial: 1537-1575*. Colección espiral. Bogotá: Instituto de Antropología e Historia, 2.^a edición 2013.

de los valores y de las expectativas de la población. Estas descripciones mínimas (antropológicas, sociológicas y psicológicas) deben ser incorporadas para una reconstrucción más amplia de la “ciencia del derecho procesal” que verdaderamente necesitamos.

La conclusión de todo esto es bastante paradójica: los europeos tuvieron una tradición académica que aceptó que su derecho y su proceso eran romano- germánicos (es decir, una mezcla entre lo civilizado y lo aborígen); mientras tanto, en América Latina, donde no existió entre las élites jurídicas un análogo del nacionalismo “germánico”, terminamos por ser puramente “hispano-romanos”, es decir, “civilizados” por punta y punta. El problema es que esta narrativa de las élites jurídicas locales, tan necesaria en su proyecto de conectarse con el mundo académico de Italia, Alemania y España, era y es falsa.⁷⁰ Las comunidades reales de América Latina, como es obvio, no eran hispano-romanas, pero sí tenían conflictos y sí tenían “procesos” para gestionarlos. Los tienen hoy en día, como es todavía más obvio. Y sí había formas de hibridación y articulación entre estos procesos difusos y el derecho más formal y especializado del Estado. Pero esta historia, que sí resulta relevante para el pasado, el presente y futuro de nuestro derecho procesal y de la gestión de nuestros conflictos, no ha sido contada.⁷¹ Ha sido reemplazada, en la manualística procesal estándar, por una historia irrelevante que se repite incesantemente. Es hora de movernos hacia otro tipo de investigación.

IV. DE LA HISTORIA IMPERTINENTE DEL PROCESSO COMUNE EUROPEO A LA HISTORIA NECESARIA DE LA INTERACCIÓN ENTRE SOCIEDAD Y ESTADO EN AMÉRICA LATINA

Intentemos, pues, una nueva traducción (una nueva comprensión) de “lo germánico” para la ciencia del derecho procesal en América Latina. Para saldar cuentas con la recepción acrítica de la narrativa chiovendana, la primera conclusión sería decir que “lo germánico” es apenas el nombre de lo autóctono y de lo indígena europeo. Debemos emular quizás el gesto de estudiar el impacto de lo tribal en lo estatal, en vez de simplemente repetir una

⁷⁰ R. David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Editor: Jorge Sánchez. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Centro Mexicano de Derecho Uniforme: Facultad Libre de Derecho: Monterrey. 2010.

⁷¹ Aunque hay esfuerzos dispersos que son todos leídos como antropología, etnografía e historia local, no como parte de la “ciencia del derecho procesal”. Los sitios más obvios donde hay esta literatura es donde hay comunidades indígenas. Menos claro es la aceptación de procesos comunitarios en las dinámicas populares u organizacionales dispersas. Pero todo esto existe, a pesar de una amplia y continua negación.

historia europea del proceso que, sencillamente, no tiene conexión alguna con las comunidades locales de la América hispanizada. Es cierto que el Estado europeo es fruto de transformaciones y negociaciones con las comunidades germánicas, pero el Estado europeo que llega a América Latina y que se recompone desde las independencias criollas tiene que “conversar” y “lidiar” con otras realidades social-comunitarias. Para H. Patrick Glenn “las formas comunitarias de vida [de hoy] recuerdan de muchas maneras aquellas de los pueblos europeos en una etapa anterior a aquellos eventos principales, conocidos como renacimientos o ilustraciones, de los siglos XII primero y luego de los siglos XVII y XVIII. [Estas formas populares de vida] pueden evocar formas futuras, incluso presentes, de la

vida europea”.⁷² Con esta invitación de H. Patrick Glenn es posible voltear la mirada etnográfica sobre Europa para encontrar también allí derecho folclórico, primitivo e indígena, y no solo en su pasado “medieval”.⁷³ Europa también tiene, en todos los espacios, “folkways”, formas populares, sociales y tradicionales de expresar cultura, valores y también, aunque es más difícil de aceptar en el monismo jurídico ortodoxo, la existencia y validez del *Volkrecht-folklaw*-derecho popular. “Lo germánico”, por tanto, no es específico o único de Europa. Para el historiador del derecho medieval Harold Berman,

“El derecho popular europeo tuvo las siguientes características comunes con otros sistemas de derecho arcaico y primitivo:

- (1) Era mayormente tribal y local.
- (2) Era sobre todo consuetudinario; esto es, no era promulgado ni escrito. No había abogados profesionales o jueces u otros oficiales de la aplicación de la ley. No había profesores ni libros de derecho [...]

⁷² “Lo germánico” tiene una connotación de este tipo, pero cuando se aplica a Europa opera una importante neutralización del contenido peyorativo que estos términos tienen más marcadamente para el resto del globo. “Lo germánico” y “lo medieval” son los nombres en la Historia Universal del momento “primitivo” europeo que, por lo tanto, queda así parcialmente redimido. “Lo primitivo” y “lo arcaico” americano fueron, en cambio, los puntos de apoyo y justificación para su eliminación positivista. El romanticismo no los salvó en su momento. P. Glenn, *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press. 2010. Pág. 61.

⁷³ Europa también es etnografiable: es maravilloso el esfuerzo del *Anthropological Journal of European Cultures* (En: <https://www.berghahnjournals.com/view/journals/ajec/ajec-overview.xml>). Particularmente leer el texto de: K. A. Appiah, *Europe upside down*, Times literary supplement, TLS, N° 4689, 1993, págs. 24-25. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=336293>.

(3) La misma comunidad administraba y aplicaba el derecho. Los medios típicos de imposición del derecho eran, por ejemplo, la llamada a viva voz que congregaba a la comunidad para perseguir a un criminal, la responsabilidad colectiva por las ofensas cometidas por un miembro, las asambleas públicas en los que los principales y la comunidad se reunían a escuchar los reclamos y a gestionar las cuestiones de la tribu o de la región y la última sanción era la expulsión. Estos elementos del derecho popular permeaban integralmente la vida política, económica, social y religiosa de la comunidad.

(4) El derecho popular se preocupaba principalmente de controlar la violencia entre las familias. Tal violencia a menudo tomaba la forma de la venganza de sangre, que se controlaba a través de un sistema de indemnizaciones tasadas (*wergeld*, bot) pagaderas por los familiares del victimario a los familiares de la víctima. El Sistema buscaba dar parámetros para la negociación de un acuerdo pacífico entre las partes en conflicto.

(5) El control de las faltas se ejercía en juicio y se imponían sanciones comunitarias de carácter formalista y ritual que invocaban a una autoridad supranatural [...]

(6) El derecho popular tenía un carácter sagrado. Especialmente entre los pueblos germánicos, que eran los más numerosos de Europa, se le daba un gran valor al honor, al sentido de la revancha como el medio de ganar la gloria en un mundo dominado por dioses en guerra y por un destino hostil y arbitrario [...]

(7) Al mismo tiempo, el derecho germánico enfatizaba la camaradería y la confianza, especial (pero no exclusivamente) entre la familia extendida de origen. La protección colectiva de los miembros de la familia, llamada *mund* en el derecho anglo-sajón, y la protección de la paz del grupo, llamada *frith*, eran altamente valoradas [...]⁷⁴

H. Patrick Glenn ha tratado de rescatar toda esta esfera de sentido que la ciencia del proceso ha abandonado a propósito. En vez de “derecho primitivo” o “derecho arcaico” o “derecho antiguo”, propone hablar, en la posmodernidad ecocéntrica, de “derecho chtónico”. La expresión ha sido rescatada de la literatura del ambientalismo profundo en la obra de Edward Goldsmith, “*The Way: an Ecological World View*”⁷⁵: pueblos y personas, no primitivos, sino que viven en contacto y armonía con la tierra⁷⁶ (*chthon*,

⁷⁴ H. Berman, *Background of the Western Legal Tradition in the Folklaw of the Peoples of Europe*. Estados Unidos: University of Chicago Law Review, Vol. 45, No. 3. 1978. Pág. 553-597. Y también en: *Id. Law and revolution: The formation of the western legal tradition*. Estados Unidos: Editorial Harvard University Press. 1983, p. 56.

⁷⁵ E. Goldsmith, *The Way: An Ecological World View*. Londres: Editorial Rider. 1992.

⁷⁶ Hace referencia tanto al planeta, la roca cósmica en la que vivimos, como también al humus, al subsuelo, a la materia de la que venimos y a la que volvemos. Por eso, en la mitología griega, los dioses chtónicos son los del inframundo, por oposición a Gaia, la vida de la superficie. La noción de *chthon*,

“tierra” en griego). En el contexto ecológico contemporáneo, hay una importante recuperación de los saberes de los pueblos chtónicos para los desafíos de la posmodernidad. Pero el origen griego de la palabra chton vuelve a poner la tradición europea en el centro y quizás ello no sea necesario. “Chtónico” tiene, de hecho, muchos referentes análogos en otras culturas que quizás sean más expresivos del nuevo entorno de la discusión: los maoríes hablan de “tangata whenua” (“el pueblo de la tierra”); y en América Latina tenemos el concepto cercano y ya popularizado de la “pachamama”- “tierra madre” en quechua y aymara⁷⁷. Podríamos hablar así, a pesar del barbarismo lingüístico, de derechos “pacha-mámicos”...⁷⁸

Pero una conceptualización exclusivamente indígena (telúrica y chtónica) tiene limitaciones para los propósitos de nuestro proyecto de reconstrucción de la “ciencia del proceso”: no solo estamos interesados en las “comunidades indígenas” sino en todo el rango de comunidades, asociaciones y articulaciones de lo social que tienen peso efectivo en la gestión de conflictos y, de manera más general, en la articulación de normas en la interacción humana. Lo indígena también nos debe importar y de manera muy principal, pero no de forma exclusiva o excluyente. Lo popular-consuetudinario también opera en la gestión social de conflictos urbanos y no es necesario reducir el potencial amplio de una mirada genuinamente pluralista. Y esto imposibilita que veamos las formas en que las comunidades e individuos del presente todavía somos parte de esa experiencia, no solo como individuos, sino como sujetos comunitarios etnografiables, miembros de grupos y asociaciones intermedias y con rutinas y prácticas de gestión de conflictos que están orgánicamente⁷⁹ diseminadas en la vida social.

Los derechos populares de América Latina, por supuesto, no eran “germánicos”. A la luz de esta constatación, es evidente que los historiadores europeos no están hablando de “lo germánico”, sino de los “derechos indígenas o autóctonos” europeos, cuya existencia misma Europa ha negado para proyectar el concepto de “lo indígena” de manera exclusiva

quizás denota más directamente lo inconsciente-comunitario, lo tradicional y lo no explícito, pero todas estas son asociaciones especulativas que buscan anclar el uso de este concepto en la memoria del lector.

⁷⁷ N. Thomas, *Maori Concepts Of Rangatiratanga, Kaitiakitanga, The Environment, And Property Rights*, in D. Grinlinton, P. Taylor, *Property Rights and Sustainability: The Evolution of Property Rights to Meet Ecological Challenges*. Editorial Martinus Nuhoff. 2011.

⁷⁸ Según el DRAE, un “barbarismo” es una “incorrección en el uso del lenguaje que consiste en pronunciar o escribir mal las palabras o en utilizar palabras equivocadas o inexistentes en la lengua.” Pero aquí de nuevo se plantea el prejuicio contra lo bárbaro que, en otro tema, es objeto del presente artículo.

⁷⁹ Esto es, fácil y espontáneamente.

sobre las periferias del mundo. Por tanto, “lo germánico” es la forma europea de historizar la presencia de “lo aborigen” en sus “procesos judiciales”. “Lo germánico”, en la doctrina procesal de América Latina, es la forma de invisibilizar “lo indígena”. Y finalmente, lo más importante: esta es la historia de cómo el estado llegó a pretender monopolizar la justicia, en exclusión de los espacios locales, de las tradiciones y costumbres, de las “parcialidades”⁸⁰. Y todos estos colofones son las verdaderas conclusiones que quedan susurradas al oído de los estudiantes cuando escuchan la narrativa chiovendiana, en su propia voz o por cualquiera de sus muchos ventrílocuos doctrinales.

Pero se impone programáticamente reemplazar estas orientaciones chiovendanas: tiene más sentido, por ejemplo, que estudiemos los espacios aborígenes de gestión del conflicto en nuestras comunidades indígenas de ayer y de hoy que la historia abstracta del proceso europeo. Si uno de los puntos cruciales de la ciencia del proceso es encontrar las técnicas, incentivos y mecanismos para reemplazar la venganza de la sangre por la tramitación procesal dialógica y mediada del conflicto grave, de nada sirve estudiar, como paradigma histórico, la venganza de sangre germánica.⁸¹ Este proceso legal, técnico y científico quedaría mejor fundamentado en el estudio, por ejemplo, de la “venganza de sangre” entre los pueblos wayuu de la Guajira colombiana⁸² o, para ser menos exóticos, en su presencia inquietantemente común, por medio del homicidio sicarial⁸³ o de los linchamientos populares, en la América Latina del presente⁸⁴.

⁸⁰ Como representación en la Ley 89 de 1890 -“Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”- de aquello que se opone a “lo general”.

⁸¹ Conocida como *faida-faithu-faehte*, y de ahí al contemporáneo inglés “fate”. Véase: G. Hallsall, *Reflections on early medieval violence: the example of the “blood feud”*. Londres: University of London. 1999.

En: https://www.academia.edu/1131910/Reflections_on_Early_Medieval_Violence_the_example_of_the_Blood_FEud_Pág.9.

⁸² N. Polo, *Reparación y reconciliación en el sistema normativo wayuu*, Revista Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas, Vol. 16, No. 31. En:

<https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/641> Pág. 41-48; Guerra, Wilder. La disputa y la palabra. La ley en la sociedad wayuu. Bogotá: Ministerio de Cultura. 2002. Pág. 79-80

⁸³ En este género se destacan: F. Vallejo, *La virgen de los sicarios*. Editorial: De Bolsillo (Punto de Lectura). Colombia. 2006; M. Jácome, *La novela sicaresca*. Medellín: Fondo Editorial Eafit. 2009; F. Bouvet, *La novela sicaresca colombiana o la crónica de una Muerte ordinaria*, Revista Amerika, Vol. 12, 2015. En: <https://journals.openedition.org/amerika/6447>; O. Gaitán, *Sicariato y criminalidad en Colombia: perspectivas y realidades*. Revista Nuevo Foro Penal, No. 12, Vol 50. Pág. 499-511. Recuperado a partir de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4094>

⁸⁴ El trabajo del grupo de investigación EILUSOS del Departamento de Sociología de la Universidad Nacional: Ariza, Rosembert. Linchamientos en Bogotá: ¿violencia urbana legítima o consolidación de prácticas de odio social?, Anal. político, Volumen 32, Número 96, p. 83-102, 2019. En: <https://doi.org/10.15446/anpol.v32n96.83751>

Esto se conecta inmediatamente con otro punto esencial en mi crítica a las ficciones históricas del chiovendanismo latinoamericano: hemos repetido que “lo germánico” es la expresión en la dogmática histórica europea de la presencia derecho popular que articula y procesos populares de gestión de conflictos. Es necesario afirmar que este derecho popular puede provenir ciertamente de comunidades y asociaciones del pasado (como su asume sin problema), pero también de comunidades del presente y del futuro. Hay también un presente etnográfico que se proyecta al futuro. En efecto: el “derecho popular” también puede ser actual, de nuestras comunidades y asociaciones vivas y existentes, en relaciones más o menos coordinadas con el Estado. No tienen que ser ordenamientos “primitivos” o “salvajes”, sino más bien “sociales”, “asociativos” y “comunitarios”. Puede tener diferentes tipos de formalización e institucionalización que responden a dinámicas sociales difusas y auto-organizativas. Pueden ser espontáneos, pero también altamente sofisticados e institucionalizados. En el paso del XIX al XX, investigadores jurídicos (Otto von Gierke) y sociales (Émile Durkheim) ayudaron a hacer un mapa contemporáneo de la importancia de este componente comunitarista en el derecho (que el legalismo liberal e individualista dominante ha tendido a ocultar). Gierke y Durkheim son buenos ejemplos de autores que concentraron sus investigaciones en las dinámicas comunitarias, asociativas y solidarias que se expresaban en los sindicatos, en los gremios, en las juntas barriales, etc. Es el derecho de las *Gemeinschaften* de los que hablaron Gierke y Durkheim en el quizás último suspiro académico del germanismo romántico y en el esfuerzo, quizás fallido, de mantener la presencia de lo comunitario dentro del derecho positivista del siglo XX.

Este esfuerzo intelectual de Gierke y Durkheim (en el que hay una reelaboración importante de reflejos románticos) se ha mantenido vivo en los esfuerzos de socialistas y comunitaristas por estudiar las instituciones del “derecho social”. Pero el Estado luego se dio mañas para engullirse también este espacio: solo había sociedad civil si era específicamente reconocida por el Estado. Pero esta estatalización forzada no ha podido ser completa, a pesar de los intentos, en el terreno de la gestión social del conflicto.

La sociedad civil está constituida, para lo que nos interesa, como este espacio intermedio de familias, grupos y asociaciones donde hay conflictos y, al mismo tiempo, gestión social de los mismos. Se trata de un derecho popular amplio y diverso que trasciende, por mucho, la noción estrecha de folk predominante en el siglo XIX en la que se contraponía, de un lado, a las vanguardias cultas urbanas (que estaban civilizadas) y, del otro, a los grupos

sociales subordinados (en ambientes rurales, pobres y marginalizados) a las que se les asignaba la creación de sentido cultural dentro de los límites estrechos de lo naíf y lo propiamente folclórico. Allan Dundes muestra en sus investigaciones que la noción de “grupo folclórico” se expandió de manera significativa:

“En la década de 1960 se entendía que los grupos sociales, es decir, los grupos folclóricos, estaban por todas partes a nuestro alrededor; cada individuo está inmerso en una multitud de identidades diferentes y sus grupos sociales concomitantes. El primer grupo en el que cada uno de nosotros nace es la familia, y cada familia tiene su propio folclore familiar. A medida que un niño se convierte en un individuo, su identidad también aumenta para incluir la edad, el idioma, la etnia, la ocupación, etc. Cada una de estas cohortes tiene su propio folclore, y como señala un folclorista, esto «no es una especulación vana.... Décadas de trabajo de campo ha demostrado de manera concluyente que estos grupos tienen su propio folclore».⁸⁵

Esta nueva comprensión de la presencia de los grupos sociales intermedios o “grupos folclóricos” se expandió también en el derecho de la mano de la nueva antropología y sociología jurídicas. El pluralismo social, jurídico y jurisdiccional llevó a aceptar que los individuos pertenecían a múltiples grupos de referencia y que las “normas” que regían la sociedad se construían en diálogos complejos entre estos planos. No se trataba exclusivamente de una legalidad estatal dominante, sino de “inter-legalidades” que a veces tienen relaciones de apoyo y confirmación, pero que a veces tienen tensiones normativas y valorativas explícitas. En este cuadro de intenso pluralismo jurisdiccional, uno podría hacer un listado de los grupos y asociaciones donde hay conflicto, pero también gestión del mismo. Estas asociaciones pueden estar perfectamente aceptadas y convalidadas por el Estado; otras pueden moverse en espacios de “alegalidad” o incluso de “ilegalidad”.

En Colombia, en particular, la gestión social, popular y no-estatal de conflictos permite construir un largo listado. Aquí ofrecemos unos ejemplos no exhaustivos, pero necesarios para iluminar nuestro argumento. Este listado es heterogéneo: incluye relaciones altamente institucionalizadas y permanentes (como la familia) pero también interacciones contingentes donde los individuos, en todo caso, tienen roles, expectativas y formas de reclamación más o menos pautadas (como una fila de espera en el banco o en el estadio). En estas interacciones (densas o superficiales) se juega gran parte del orden social, mucho

⁸⁵ A. Dundes, *Who are the folk?*, in *Interpreting Folklore*. Editorial: Indiana University Press, 1980.

antes que aparezca la intervención de la jurisdicción estatal. En estos espacios se forman expectativas normativas y se pautan formas de reclamo, respuesta y corrección de la conducta. En algunos de estos espacios, incluso, los sociólogos y antropólogos del derecho (no así los juristas más ortodoxos) hablan de la existencia de verdaderos “derechos”:

I. El mundo de la familia, de la vecindad y de la amistad:

familias nucleares y extensas; empresas y emprendimiento familiares; consejos familiares; “la cuadra”; “el barrio”; “el conjunto residencial”; inquilinatos; albergues; juntas de acción comunal; juntas de vecinos; asambleas y administraciones de propiedad horizontal; grupos de amigos; parches, parcerías, el pueblo, la vereda, el caserío, grupos y asociaciones de aficiones.

II. El mundo de las identidades étnico-comunitarias: grupos indígenas, comunidades afro-, pueblo rom, campesinado, organizaciones campesinas.

III. Las tribus urbanas del presente: grupos LGBTI, identidades juveniles diversas, punkeros, emos, grupos por afinidad de aficiones.

IV. El mundo de la asociatividad religiosa: Iglesias y parroquias, organizaciones evangélicas, grupos de oración, voluntariado, sanghas budistas, comunidades y órdenes religiosas, seminarios, conventos, asilos y orfanatos.

V. El mundo de la asociatividad política: partidos y movimientos políticos; asociaciones de defensa y promoción de intereses (animalistas, grupos lgbti, pro- y contra-aborto, etc.)

VI. El mundo de la escolaridad: jardines, escuelas, colegios y universidades, con sus normas internas y una institucionalidad interna de solución de conflictos; jardines infantiles, asociaciones de padres de familia, asociaciones de colegios y universidades

VII. El mundo de la asociatividad gremial: Colegios y gremios profesionales, gremios y asociaciones industriales y comerciales.

VIII. El mundo del trabajo: empresas y sitios de trabajo; sindicatos y gremios; disciplina militar y castrense; trabajo colaborativo;

IX. El mundo del comercio: asociaciones comerciales, cámaras de comercio, acuerdos comerciales de distribución y zonificación (ilícitos y lícitos), establecimientos de comercio con clientelas habituales, centros comerciales, barrios comerciales, clusters comerciales, grupos empresariales, carteles económicos, mercados y centros de abasto,

X. El mundo de las asociaciones libres: clubes sociales; asociaciones deportivas; logias masónicas; torneos y competencias deportivas; clubes de hobbies, afinidades y gustos;

XI. El mundo de la adscripción nacional compartida: la connacionalidad (en situaciones específicas), comunidades de migrantes, clubes de migrantes, barriadas de migrantes, clusters económicos de migrantes, cámaras de comercio binacionales.

XII. Las asociatividad ocasional pautada: colas y filas en espacios públicos, hábitos e interacciones de conducción de vehículos automotores, usos mixtos de calles y calzadas, interacciones de conductores, ciclistas, motociclistas y peatones, comportamiento en espacios comunes (iglesias, parques, transporte público, aeropuertos, bancos, comercio, restaurantes, bares, hoteles y moteles...)

XIII. La asociatividad ocasional no pautada:

XIV. Otros espacios de asociatividad, control de expectativas y gestión de conflictos. Prisiones, cárceles, patios carcelarios.

XV. Asociatividades paralegales o ilegales: Derecho guerrillero, grupos delincuenciales, mafias, etc., etc. justicia mafiosa, "gota a gota", trata de personas, prostíbulos, distribución, mayoreo y minoreo de estupefacientes, acuerdos restrictivos del libre comercio.

V. ¿ES IRRACIONAL LA ORDALÍA Y EL JUICIO DE DIOS? HACIA UNA RECONSIDERACIÓN DEL DERECHO POPULAR

La narrativa chiovendana tiene una última y nefasta implicación que es preciso rechazar: por vía de Chioventa, la ortodoxia procesal ha aceptado acríticamente la premisa que lo social (lo primitivo, lo salvaje, lo indígena, lo germánico) es procesal y probatoriamente irracional. La doctrina jurídica ortodoxa, desde Chioventa, no se ha puesto al día con los debates que antropólogos, historiadores, juristas y filósofos han dado sobre la pretendida "irracionalidad" de la gestión "mágica" y "oracular" de los conflictos en los pueblos aborígenes, incluyendo los pueblos germánicos. Desde la última ola de germanismo que Chioventa reporta ⁸⁶ (y en la que están congelados, incluso, libros procesales recientísimos⁸⁷) por supuesto que ha corrido mucha agua bajo el puente. Hoy en día tenemos más y mejores investigaciones que permiten tener una visión más clara y completa de elementos que Chioventa expone de manera dispersa y desarticulada. Entre los procesalistas latinoamericanos, solo Couture se ha opuesto a la lectura prejuiciosa de la

⁸⁶ Y que en el derecho anglo-sajón se expresaba mejor en autores como Maine. Citar su *Primitive Law*.

⁸⁷ Gozaíni es un buen ejemplo. Ver: O. Gozaíni, *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Argentina: Editorial La Ley. 2009.

“invasión de los bárbaros”: “Se produce la invasión, pero no en la forma de ola de sangre que se acostumbra a afirmar tradicionalmente”.⁸⁸

Esta revuelta contra la asumida “irracionalidad” del pensamiento primitivo (en sus formas de tratar, por ejemplo, la enfermedad, el crimen o el conflicto) es vinculada al trabajo seminal de Evans-Pritchard en sus descripciones de los Nuer y de los Azande⁸⁹; con posterioridad, en un momento brillante en los años cincuenta y sesenta, la antropología jurídica empezó a tratar con mayor respeto, deferencia y profundidad la “mentalidad primitiva” de pueblos africanos: en este punto son esenciales los trabajos de Paul Bohannan entre los Tiv, de Max Gluckman entre los Barotse y de Lloyd Fallers entre los Busoga⁹⁰. Empoderados por esta reconsideración de la funcionalidad, de la racionalidad o del fundamento útil y práctico del “derecho primitivo”, varios autores de los rebeldes años sesenta y setenta y del movimiento de Law & Society empezaron a ir aún más allá: sostuvieron ahora la tesis que el derecho occidental moderno podía, de hecho, resolver varios de sus problemas si abandonaba la atalaya de superioridad desde la que oteaba el “derecho primitivo”. En vez de esta discriminación prejuiciosa, antropólogos del derecho

⁸⁸ E. Couture, *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I: la constitución y el proceso civil. 3ra Ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2003, p 293.

⁸⁹ Ver las obras de: E. Evans-Pritchard, *Witchcraft, Oracles and Magic Among the Azande*. Estados Unidos: Oxford University Press, 1937; Id., *Kinship and Marriage Among the Nuer*. Oxford: Clarendon Press. 1951; K. Glickman, *Kinship and Local Community among the Nuer*, África: Journal of the International African Institute, Vol. 41, No. 4., Cambridge University Press on behalf of the International African Institute, 1971, pp. 306-319; A.R. Radcliffe; E. Evans-Pritchard, E. Brown and D. Forde. *Kinship and Local Community among the Nuer, African Systems of Kinship and Marriage*; A.R. Radcliffe-Brown y D. Forde, eds., Londres: Oxford University Press. p. 360-391. London: Oxford University Press. 1951. Pág. 360-391.

⁹⁰ ⁸⁹ La lectura de los libros de Evans-Pritchard o de Gluckman serían mejores introducciones para nuestros

estudiantes de conflictos y de procesal que la historia fallida y de oídas del derecho altomedieval germánico que se sigue repitiendo. El punto común en Evans-Pritchard y Gluckman es mostrar a profundidad el contexto en el que las creencias y prácticas aparentemente “ilógicas” o “irracionales” del derecho de los Nuer, de los Azande y de los Barotse son altamente funcionales para la labor de mantener la paz social y reconstruir confianza y convivencia entre miembros de la comunidad -Ver: Evans-Pritchard. *Witchcraft*, op. ct. 1976. Estos autores reconstruyen el contexto social y vital de los oráculos, para mostrar qué efectos y consecuencias tienen en la sociedad y por qué gente sensible e inteligente los mantuvo como mecanismos eficaces de manejo de los conflictos. Esta nueva aproximación deja de exotizar lo diferente y se aproxima con menos prejuicios a la distinción entre “lo racional” y “lo irracional”. Esta estrategia de recontextualización antropológica ha sido algo más popularizada en el libro de M. Harris, *Cows Pigs Wars And Witches: The Riddles of Culture*. Estados Unidos: Random House. 1994. En el mismo sentido, puede consultarse el libro de O. Chase, *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. Estados Unidos: NYU Press. 2007.

como Laura Nader⁹¹, June Starr⁹², Sally Engle-Merry⁹³, Richard Danzig y Michael Lowy⁹⁴⁹⁵ y otros empezaron a mostrar, con éxito en discusiones de política pública, que instituciones, mecanismos y estilos de gestión de conflictos de las “sociedades primitivas” podían ser más funcionales que las estatales existentes para modernizar y solucionar problemas del sistema judicial de los Estados Unidos. Por extraño que parezca, esta es una de las fuerzas motrices detrás del movimiento de “justicias” y “métodos” alternativos de solución de conflictos que, desde una visión pluralista, empezaron a desafiar el monismo jurisdiccional chiovendano.

El medievalismo más reciente ha hecho otro tanto con relación al derecho germánico, sin que nuestros procesalistas hayan tomado tampoco adecuada nota del asunto. Pero, claro, el interés estaba en la apropiación y construcción de una narrativa canónica para la “ciencia del proceso”, no propiamente en el seguimiento genuino del estado del arte en un tema que, en últimas, es una historia lejana y ajena. El medievalismo europeo ha cambiado mucho en los últimos años⁹⁶, pero la ciencia del derecho procesal se mantiene obstinadamente en una versión “primitivista” y “orientalizadora”⁹⁷ de finales del siglo XIX. Más aún: los usos de la historia medieval europea ya son tema explícito de investigación⁹⁸ para mostrar, como creemos saber hoy en día, que no hay tanto una historia desinteresada del pasado, sino proyectos políticos del hoy que se articulan e instancian a través de agendas de investigación. Esta meta-conciencia histórica es fundamental, pero

⁹¹ L. Nader, *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*. Ciudad de México, Instituto Oaxaqueño de las Culturas y Ciesas. 1998; L. Nader, H. Todd, *The Disputing Process: Law in Ten Societies*. Estados Unidos: Columbia University Press. 1978; L. Nader, *Choices in Legal Procedure: Shia Moslem and Mexican Zapotec*. En: *American Anthropologist*, Vol 67, Issue 2, abril. p. 394- 399. 1965.

⁹² J. Starr, *Dispute and Settlement in Rural Turkey: An Ethnography of Law*. Editor: Brill Academic Publishers. 1978.

⁹³ S. Engle Merry, *Colonial law and its uncertainties*, *Law and history review*. the American Society for Legal History, Volume 28, Issue 4, Noviembre, pp. 1067-1107 Reino Unido: Cambridge University Press. 2010

⁹⁴ M. Lowy, *Modernizing the American Legal System: An Example of the Peaceful Use of Anthropology*, *Revista Human Organization* Vol. 32, No. 2 (Summer 1973). Pág. 205-209. En: <https://www.jstor.org/stable/pdf/44125376.pdf?seq=1>

⁹⁵ A. & T. Rodrigues., *Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça*, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 5, No. 1, Ene-Jun. 2015. Universidad Central de Brasilia. En: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/3379/2639>

⁹⁶ George Duby es el historiador más conocido en este respecto. Ver: G. Duby, *The three orders: Feudal Society Imagined*. Estados Unidos: University of Chicago Press, 1982.

⁹⁷ 96 La noción de orientalismo aplicada a Occidente: ¡fantástico! Ver: E. Said, *Orientalism*. Estados Unidos: Vintage. 1979.

⁹⁸ D. Rabban, *Law's History : American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, *Cambridge Historical Studies in American Law and Society*. 2014.

nuestra “ciencia del proceso” no la ha desarrollado todavía. La historia del derecho medieval de europeo ha seguido siendo un tema de nicho de interés, fundamentalmente para europeos continentales e insulares: a mediados del siglo XX, una ola de investigaciones hizo importantes avances historiográficos, aunque sus conclusiones normativas generales seguían la interpretación racionalista y evolutiva que el derecho procesal de Chiovenda había aceptado y que resultaba tan cómoda y halagüeña para el derecho moderno:

“El sentimiento dominante, posiblemente general, podría ser descrito como sigue. Las ordalías fueron modelos irracionales de prueba de una etapa particular, primitiva del desarrollo. Las tribus germánicas que invadieron la “Pars Occidentis” del Imperio Romano vivían en ese nivel civilizatorio y trajeron las ordalías, desconocidas en el maduro derecho romano. Las ordalías sobrevivieron la cristianización de los pueblos germánicos y fueron, ellas mismas, cristianizadas, y su práctica, ahora considerada como una apelación al Dios cristiano, fue confiada al clero. Durante muchos siglos las ordalías disfrutaron del apoyo oficial de líderes políticos y eclesiásticos. Sin embargo, en el Siglo XII, las ordalías empezaron a encontrar resistencia y recibir críticas desde varios sectores. Los reyes desconfiaron de ellas como métodos de establecer la culpabilidad criminal y asegurar su castigo. A los ciudadanos les disgustaba y desconfiaban de ellos y obtuvieron excepciones para su aplicación. Abogados eruditos las objetaron porque el Corpus Juris no las traía y los teólogos las rechazaron porque obligaban a Dios a realizar milagros, por ejemplo, inaplicar las leyes de la naturaleza, en una inaceptable y herética *temptatio Dei*. Esa crisis, que llevó a su abolición en el Cuarto Concilio de Letrán, prohibió a los clérigos participar en la ejecución de ordalías, causando eventualmente -de inmediato en algunas áreas y lentamente en otras- su desaparición. Todo el proceso fue visto como la inevitable consecuencia de un avance general de la civilización europea -en filosofía, ciencia, política y organización social y económica y el inicio de una sociedad más sofisticada y racional donde las primitivas ordalías no tendrían ya lugar nunca más.”⁹⁹

Por contraste, una epistemología más pluralista e igualitaria (que simplemente se negaba a decir que “nosotros” somos racionales y “ellos” –los extraños- son irracionales) empezó también a permear el trabajo de los estudiosos del medievalismo jurídico. Esta nueva

⁹⁹ R.C. Van Caenegem, *Reflexions on Rational and Irrational Modes of Proof in Medieval Europe*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*. Vol. 58. 1990. Pág. 284.

historia crítica y posmoderna ha cambiado de forma importante nuestra manera de ver la edad media y el elemento germánico, hasta el punto que hoy en día la narrativa chiovendana luce, cuando menos, simplista y desactualizada. Hoy en día resulta imposible acercarse al tema sin una lectura del trabajo, entre otros, de Raoul van Caenegem, Harold Berman, Rebecca Colman, Janet Nelson, Susan Reynolds, William Ewald, Oscar Chase, P.G. Monateri, Daniela Berti, Anthony Good y Gilles Tarabout, entre otros.¹⁰⁰ Estos investigadores iniciaron una crítica profunda a la auto-complaciente superioridad racionalista del derecho occidental moderno que censuraba la irracionalidad del derecho germánico y, con él, de los derechos populares de la edad media. En una típica sensibilidad posmoderna, empezaron a combatir la injusticia epistémica¹⁰¹ que se hacía en estas formas de historia que impedían ver el contexto y funcionalidad del “derecho bárbaro” y celebraban acríticamente la racionalidad de un “derecho procesal moderno” que, de todas formas, vive en perpetua crisis por su propia y manifiesta irracionalidad.

En estas nuevas explicaciones, especialmente los diferentes pueblos germánicos (comunidades, aldeas, ciudades, etc.) de los siglos VI a XV¹⁰² son descritos como comunidades sensatas y prácticas y que respondían, con las herramientas y visión del mundo propias, a la disrupción social intensa que el conflicto implicaba. Desde ese punto de vista, las *leges barbarorum*, con su experiencia multisecular, fueron altamente funcionales y, en ese sentido, responsivas y racionales. Sus prácticas sociales también pueden ser entendidas por nosotros a condición de que pongamos atención y cuidado a los contextos, a los incentivos y a las consecuencias. Los procesos sirvieron efectivamente para la reconstrucción parcial de la paz en una época de intensa fragilidad e incertidumbre de la vida humana, mucho antes que la ciencia y las instituciones modernas diera un mayor margen de dominio y seguridad frente a los azares de la incertidumbre vital, violencia y del conflicto¹⁰³:

¹⁰⁰ Este es el listado de los autores que han sido útiles en mi análisis del tema, pero que tiene, necesariamente, un cierto nivel de arbitrariedad.

¹⁰¹ M. Fricker, *Injusticia epistémica*. Trad. Ricardo García Pérez. Barcelona: Editorial Herder. 2017.

¹⁰² 101 Muchos de estos trabajos son directamente sobre los germánicos de Inglaterra, los “anglosajones”.

¹⁰³ 102 Mientras escribo esto en el año 2020, estoy en reclusión forzada como respuesta a la pandemia de COVID-19. Es la primera vez en mi vida personal que la experiencia “medieval” de “la peste” me visita a mí y a mi familia. Los sentimientos son de incertidumbre, desasosiego e impotencia. Es la primera vez que las seguridades de la modernidad caen a mi alrededor a una escala global.

Estos primeros asentamientos agrícolas europeos -penosamente expuestos a la inmisericordia de los elementos, al riesgo de agresión de animales y otros humanos, a la inhabilidad de apenas proveerse con comida de estación o con las más endeble viviendas, se soportaban en comunidades sumamente conscientes de su fragilidad y unidas en complejos sistemas de vínculos personales. En consecuencia, sus procedimientos judiciales, sus métodos de control social y sus conceptos de justicia eran muy diferentes a los nuestros, al menos en la superficie. Que muchas de las demandas y reclamos medievales aparezcan insignificantes para nuestros estándares modernos se explica por las diferencias económicas entre épocas. Menos fácil de entender, tal vez, es el complejo sistema de estrechos vínculos personales que arraigaba toda la estructura social en el parentesco, la vecindad y otros grupos sociales, y que generaban ellos mismos las necesidades de decisión judicial. En marcado contraste con la maquinaria burocrática impersonal que el hombre moderno ha construido, el aldeano medieval tenía a una comunidad cercana que lo conocía y que podría ayudarlo, incluso hasta compartir responsabilidad por sus actos.¹⁰⁴

La responsabilidad personal, máxima básica del individualismo metodológico en derecho, no es un principio único ni eterno. En este entorno, además, la evidencia histórica muestra que la mayoría de los casos eran resueltos mediante testimonios y documentos ordinarios, en una racionalidad que es perfectamente compartida con nosotros. Los procesos más extraños a nuestra sensibilidad (como la compurgatio y las ordalías), eran recursos posteriores para casos más difíciles donde había incertidumbre probatoria:

En la Lex Salica, varios de sus capítulos más antiguos hablan de “certeza probatoria” certa probacio, 23 como el primer medio para llegar a un acuerdo; los “conjuradores” fueron usados solamente cuando la certeza probatoria fuese imposible de lograr. Si no podía conseguir conjuradores, el acusado tenía que pagar una multa o someterse a juicio por ordalía del caldero.¹⁰⁵

Pocos conflictos, sin embargo, tenían que ir hasta el final de esta secuencia procesal:

¹⁰⁴ R. Colman. *Reason and Unreason in Early Medieval Law*, The Journal of Interdisciplinary History, Vol. 4, No. 4. 1974. Estados Unidos: The MIT Press. pp. 571-591. En: <https://www.jstor.org/stable/202713>, p. 573.

¹⁰⁵ Ibid. p. 578.

En estas pequeñas comunidades la mayoría de las faltas menores probablemente no exigían de pruebas formales. La ofensa y su responsable eran rápidamente descubiertos y las presiones sociales alentaban a llegar a un acuerdo rápido conforme a las tablas de pagos indemnizatorias que eran comunes a todos los códigos legales. Las ventajas de sistema eran obvias: los victimarios podrían ser rápidamente reincorporados y, mediante el énfasis en la compensación antes que en el castigo, se facilitaba la necesaria restauración de la armonía en la comunidad. Como se lidiaba con las faltas de esta manera de forma constante, los acuerdos tendían a producirse de forma más bien mecanizada, como es el caso hoy con muchos delitos modernos de rutina [...]¹⁰⁶

Así pues, la gente acudía con sus reclamos y se aducían los testimonios y los documentos que podían generar certa probatio. Así se cerraban los procesos de manera frecuente cuando había aceptación de responsabilidad por el demandado. Se evitaba así la venganza de sangre: el que aceptaba responsabilidad pagaba directamente o con el apoyo de su grupo una compensación monetaria alta (Bot¹⁰⁷ y Wergeld¹⁰⁸)¹⁰⁹ establecida en una tarifa detallada y casuista.¹¹⁰ Como los pagos eran enormes (frente a los ingresos esperables), el responsable o su grupo podían ofrecer también un pago futuro garantizado por una fianza, una prenda de bienes o la entrega noxal de algún esclavo. Estas compensaciones establecidas en las leyes barbarorum permitían que las familias tuvieran un marco para negociar el precio de la sangre. Solo cuando no había negociación exitosa del precio de la sangre, los disputantes iniciaban el tratamiento procesal del conflicto (o, no se puede negar, cuando fallaba este proceso complejo de inhibición de la violencia social directa), acudían ciertamente a la vendetta privada o familiar. La socialización compartida (en la educación y en los valores) favorecían la violencia del grupo, la hombría del que sabía defenderse y era capaz de vengar los daños sufridos.¹¹¹

¹⁰⁶ Ibid., p 579.

¹⁰⁷ 106 La palabra bot designaba el pago indemnizatorio por lesiones menores que la muerte. H. Berman *Law and Revolution*, Harvard University Press. Estados Unidos. 1983.

¹⁰⁸ 107 Wergeld (oro del hombre o el pago de la sangre) era un pago de dinero hecho por el victimario al grupo familiar de la víctima que había muerto por violencia humana. Berman, Harold. Óp. Cit.

¹⁰⁹ Para ver otras aplicaciones del Bot y del Wergeld ver: C. Jeffery, *Development of Crime in Early English Society*, Journal of Criminal Law and Criminology Volume 47 | Issue 6 Article 2 1957., 655; *Wergild: Germanic law*. Written by: The Editors of Encyclopaedia Britannica. See Article History. En: <https://www.britannica.com/topic/wergild#ref31625> ; S. Rubin, *The bot, or composition in Anglo-Saxon law: A reassessment*, The Journal of Legal History, Volume 17, Issue 2. 1996. En: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01440369608531153>

¹¹⁰ En las leyes de Ethelbert, el Wergeld por la muerte de una persona de la gleba eran 100 chelines; por la muerte de un noble se debían pagar 300 chelines. H. Berman, *supra* nota 1067 558. Las leyes germánicas, como las de Ethelbert, traían un tarifario casuista de la Wergelt o de la bot que se debían pagar por diferentes clases de actos o hechos desaprobados por la comunidad.

¹¹¹ Aunque sería hipócrita decir que estos valores son desconocidos en la tardo-modernidad en la que

“La sociedad seguía sintiéndose amenazada en su equilibrio si un hombre no se comportaba como hombre. Por eso eran muchas las ocasiones en que no se utilizaba la composición y la venganza proseguía adelante con toda su violencia. Más aún, se trataba de una obligación”.¹¹²

Pero el punto o propósito del derecho¹¹³, en parte, es generar los incentivos y las instituciones para que haya un trámite menos traumático del conflicto que afecte menos la supervivencia del grupo. Se requiere de la creación de lazos de confianza y mutualidad que permitan responder a los daños y al conflicto mediante la sublimación de la guerra, el restablecimiento del derecho y la reconstrucción de la paz y de la convivencia. Si no funcionaban los mecanismos primarios del bot y el wergeld, el borh, el wed y la entrega noxal¹¹⁴, se habría el tiempo-espacio del proceso. En su primera fase se iniciaba un proceso por compurgaciones, es decir, por juramentos:

La mayoría de casos civiles y penales se solucionaban mediante juramento y número de conjuradores dependía de las circunstancias, y dado que los hombres libres debían respetar la paz de la casa a la que pertenecían y que los siervos dependían de sus señores, la falta de apoyo social equivalía a un veredicto adverso. ¿De qué otra forma podemos explicar la imposibilidad de que un acusador pudiese traer conjuradores en una época en la que sabemos que todo el mundo vivía con garantía de su grupo? El juramento, que era “el modo primario de prueba”, apuntaba “no la verdad de un hecho específico, sino a la justicia del reclamo o de la defensa en su integridad [...] No hay una razón a priori para suponer que la comunidad actuara ciegamente en tales ocasiones.

El contexto que nos ofrece la nueva historia es fundamental: las comunidades medievales eran cercanas e íntimas: villorrios de pocos habitantes rodeados por parcelas de trabajo agrícola y éstas, a su vez, por bosques misteriosos, inexplorados y peligrosos. La movilidad geográfica, social u ocupacional de la gente era muy reducida. Aventurarse por fuera del entorno de protección social del grupo de origen era más que peligroso. Los villanos-comuneros se conocían unos a otros: tenían un conocimiento social intensamente

vivimos, así las fuerzas de inhibición de la reacción directa parezcan ser más claras y fuertes. Pero esto es dudoso, en todo caso.

¹¹² M. Rouche, *Alta edad media occidental*, in P. Brown et. all. *Historia de la Vida Privada*. Ariés y Duby (eds.), vol. 1, España: Taurus, 1987, p. 494.

¹¹³ Y también, según muchos de la religión: en la biografía moderna sobre el Buda y la violencia en el valle del Ganges se hace mucho hincapié en el esfuerzo por lograr convivencia por medio del dhamma o doctrina del Buda. Ver: K. Armstrong, *Buda: una biografía*. Editorial Debate: 2001.

¹¹⁴ R. Berger, *From Hostage to Contract*, Illinois Law Review, Vol. 35 Ill. 1940.

compartido sobre el mundo, sobre la naturaleza, sobre Dios y, crucialmente, sobre los demás, sus actos, temperamentos y motivaciones. El extranjero¹¹⁵ o peregrino¹¹⁶, por el contrario, producían terror y desconfianza. En los conflictos ordinarios, los miembros de la comunidad daban su apoyo a uno u otro litigante mediante su disposición a servir como compurgadores. Era un juicio, si se quiere, por manifestación de apoyo social.¹¹⁷ En estas formas de apoyo, claro que había influencia de la amistad, el partidismo y los intereses personales y comunitarios: pero el juramento ejercía también presión para impedir el perjurio crudo u obvio. Como en nuestra propia vida, los comuneros participaban en la construcción social de la realidad en la que se combinan experiencia directa y compartida, recuerdos, decires, intereses y alianzas, lo consciente y lo inconsciente, lo individual y lo público. Lo racional, pues, no era el testimonio, sino el conocimiento social compartido sobre las personas, los hechos y los contextos de los conflictos que las personas traían al proceso en las compurgaciones. La realidad era función de ese complejo de circunstancias y no de la prueba individual de hechos atómicos. De hecho, el testimonio, sin esos anclajes comunitarios y sin la confianza social y metafísica compartida en el juramento, es una prueba irracional según el derecho autóctono. Y quizás tengan razón. En el medioevo europeo, por ejemplo, la documentación no podía ser la principal forma de prueba en una sociedad analfabeta y ágrafa. El reporte social y conjunto de la comunidad era la forma racional de investigar “lo que ocurrió”. La compurgatio está más cerca de una verdad socialmente construida que el testimonio disperso de testigos de hechos atómicos que, en todo caso, generan gran ansiedad epistémica entre los jueces modernos. Nuestra sociedad burocratizada y racionalizada es la sociedad del archivo y la documentación donde el testimonio y el juramento parecen irracionales de manera cada vez más acentuada. Es interesante observar las opiniones de los pueblos tradicionales sobre el valor que los europeos daban al testimonio en el derecho colonial impuesto:

¹¹⁵ De *extraneus*, extraño.

¹¹⁶ De *peregrinus* y *per-agare*, el que va por los campos

¹¹⁷ Que no tiene nada de raro en nuestras propias sociedades. Véase el proceso crucial que se da en la opinión y en la prensa contemporáneas antes de un proceso judicial. El periodista colombiano Gustavo Gómez, de Radio Caracol y El Tiempo, escribe una reveladora carta al “Niño Dios” en su usual tono chocarrero: “Me he portado juicioso este año. Tu padre me hizo humano, querido Niño Jesús, así que he cometido errores, pero puedes estar seguro de que no hubo mala intención. Reconozco que soy periodista; nadie es perfecto. Te juro por ti que no me pagan por escribir columnas que soterradamente defienden a ricos políticos. No vivo de inventarme tendencias en redes que parecen naturales, cuando son solo negocio. No escribo libros de mafiosos, ni les hago relaciones públicas.” El Tiempo, 22 de Diciembre de 2019: <https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/gustavo-gomez-cordoba/querido-nino-jesus-columna-de-gustavo-gomez-cordoba-446082>

Las reglas probatorias trasplantadas despertaron considerable desdén en el nuevo ambiente. “Cualquier mentira es suficiente para engañar a un europeo” era la opinión común. Y como el jefe y sus auxiliares “generalmente conocían tantas cosas de los hechos del caso, las mentiras eran de tan poca utilidad”, de manera que lo que en Europa era tratado como perjurio, recibía “burla y ridículo” en las cortes nativas. Hay buenas razones para suponer que actitudes similares, arraigadas en estructuras sociales análogas, prevalecieron en cortes medievales tempranas y tardías, al menos al nivel local. De hecho, sin ese entendimiento, la comprensión del sistema judicial medieval es poco convincente.¹¹⁸

La importancia y sacralidad del juramento permite igualmente enfatizar un punto que se pierde con frecuencia en la obsesión con la irracionalidad de la ordalía. Se asume falsamente que la irracionalidad de la invocación a un Dios que juzga solo se da en la ordalía. Sin embargo, es preciso notar que las pruebas más racionales también tenían los mismos presupuestos epistemológicos generales del mundo medieval. La mezcla entre razón y sin razón se daba en los presupuestos de todas las formas probatorias:

Debe enfatizarse que todas las formas de prueba medieval dependían del juicio de Dios, y que se esperaba que el perjurio en cualquier etapa del proceso produjera su propio castigo [divino]. Las invocaciones más directas a Dios [en las ordalias] eran simplemente la forma más dramática y ritualizada de tal expectativa general. La obsesión con las ordalias, sin embargo, ha tendido a oscurecer el aspecto metafísico de los otros medios de prueba. Dado que el pensamiento moderno no puede imaginarse que existan invocaciones trascendentes que produzcan resultados físicos, existe una tendencia natural a desestimar las ordalias como superchería y a racionalizar las otras formas de prueba de manera que se pierde una parte crucial de su significado.¹¹⁹

Frente a la compurgatio, pues, las ordalias eran infrecuentes y solo se utilizaban para lidiar con los casos extremos de incertidumbre fáctica o de alarma social. Se acudía al iudicium Dei, de otro lado, cuando no era posible acceder a la verdad o cuando había razones para no dar crédito a la que se hubiese construido en las fases iniciales del proceso (negociación de la bot y la wergeld, certa probatio y compurgaciones). La más importante y común de estas circunstancias era cuando, frente a delitos muy graves, las compurgaciones y las

¹¹⁸ R. Colman. op. cit., p. 581.

¹¹⁹ Ibid., p 587.

fianzas ofrecidas que garantizaban que el acusado era inocente o que habría de pagar la compensación eran difíciles y peligrosas de creer: “[...] la necesidad de controlar a los malhechores debe haber sido un problema de la mayor urgencia. Se puede uno imaginar las reacciones de pánico sociedades simples frente a los elementos indeseables, el sufrimiento y la disrupción, incluso posiblemente la dispersión de la comunidad, que se daban si se fracasaba al controlar o expulsar a los individuos peligrosos.”¹²⁰

Frente a estos casos de falta radical de confianza, los villanos acudían al iudicium Dei para eliminar dudas y generar una última instancia de control social frente a las amenazas más significativas:

[en primer lugar], crímenes tan graves que no eran compensables y [en segundo lugar] otros casos, no necesariamente penales (por ejemplo, una disputa fronteriza entre personas de diferentes etnias), en que las partes no podían seguir los procedimientos usuales. Si analizamos el listado de crímenes más frecuentes en el primer tipo de casos (traición en contra del señor feudal, asesinato, brujería, perjurio, incendio provocado, allanamiento de morada y lo que pueda ser llamado hurto crónico) todos ellos constituyen amenazas a la cohesión interna esencial para el bienestar y seguridad de la comunidad. Estos [delitos] solamente pueden interpretarse como actos intolerablemente anti- sociales [...] Y en una sociedad ligada por juramentos y promesas, el perjurio era considerado una grave amenaza a la estabilidad, como lo indica la atención que le dispensan todos los códigos [legales]. El Código de Athelstan para Exeter es el más elocuente y representa bien a todos los demás. Después de enfatizar en un caso particular que los juramentos “y los weds y los bohrs han sido todos violados y rotos”, trae una frase significativa, “no conocemos ninguna otra cosa en la que podamos confiar”. Para todas estas ofensas serias, la persona que admitiera su propia culpa podía exiliarse, pero, antes de afrontar el horror de la expulsión de la comunidad, podía demandar como último recurso una apelación al juicio de Dios a través de un juicio por ordalía.¹²¹

El segundo grupo de casos que se llevaban con alguna más frecuencia a la ordalía involucraba roces y conflictos con extranjeros y peregrinos que no pertenecían a ningún grupo social, que no podían ofrecer suritie y que, por igual razón, no podían regresar a la “paz” de la comunidad por vía de compurgaciones. La extranjería generaba desconfianza

¹²⁰ Ibid., p. 574

¹²¹ Ibid., p. 583.

radical que impedía que pudieran ser asimilados dentro de los procesos comunitarios de los villanos:

El segundo grupo de casos concierne a personas no cualificadas para seguir los procedimientos habituales e incluía demandas sobre esclavos, quienes generalmente no fueron considerados como dignos de jurar, aunque los intereses de su señor pudiesen protegerlo del riesgo de sufrir una ordalía. Incluso los esclavos libertos, como los “leysing” del derecho nórdico aprendieron duramente que se necesitaba de varias generaciones para pasar de soportar la ordalía a que la comunidad les permitiera tomar el juramento de hombres libres, rodeados por amigos y parientes. El registro de hombres con mala reputación en la comunidad, los “tyhtbysig” o “los muy acusados” del derecho anglosajón, podía ponerlos en la clase de los que debían soportar las ordalías ya que nadie en la comunidad estaría dispuesto a ofrecer garantía por ellos. Vencer en la ordalía podía ser la última oportunidad para iniciar de nuevo el largo de regreso al estatus legal. Los extranjeros solían ser puestos en la categoría a quienes se les aplicaba la ordalía. Ésta bien conocida actitud hostil hacia los extraños, bien fueran fugaces, “advena aut peregrinus”, bien fueran vecinos bien conocidos de otra tribu (vienen a la mente las relaciones entre los Borgoñones de Agobardo y sus vecinos, o entre los Dunsetas galeses y los ingleses) es una costumbre muy arraigada en todos los pueblos (y no solamente en las tribus primitivas). Las comunidades más expuestas al peligro pueden responder más crudamente frente al extranjero, pero la resistencia a extender estatus legal igualitario a personas que no hayan participado responsablemente en la vida de la organización, vengan de adentro o de afuera, es común en la mayoría de las sociedades.¹²²

Y, finalmente, el récord histórico muestra que las ordalías eran aplicadas, aunque excepcionalmente, a los que nunca debían haberlas sufrido¹²³: a los más poderosos de la sociedad feudal y no solo a los individuos situados en sus márgenes sociales.

Adicionalmente a estos dos grupos de casos, sin embargo, tenemos una colección heterogénea de demandas en el archivo histórico, en la que los individuos se someten voluntariamente a alguna forma de ordalía para resolver un caso particular que no hubiese

¹²² Ibid., pp. 583-584.

¹²³ Como ocurre en la cárcel entre nosotros. A pesar de nuestro legalismo aparentemente racionalista e igualitaria, nuestro propio sistema social no sabe muy bien qué hacer con la cárcel preventiva y las penas de prisión de los honorarios y, por más a contramano que sea, trata de mantener tratamientos diferenciados, usualmente justificados por razones de seguridad: sitios y condiciones más benignas de reclusión, consideraciones sociales y económicas frente a los reglamentos y guardia, etc

sido juzgado seguramente de esa manera. Si, por ejemplo, en una disputa privada las partes son intransigentes, o por alguna razón desean abandonar los procedimientos usuales, una apelación a Dios puede ser la única esperanza de resolverlo reduciendo la violencia. O, donde intereses muy poderosos estaban en juego, las presiones políticas podrían ocasionar que terminaran en ordalía los candidatos más impensados. Reinas acusadas de infidelidad o herederos sospechosos de bastardía estaban en ese grupo. Un caso interesante implicó a Matilda, esposa de Enrique I.¹²⁴

Pero, ¿cuál era la función de las ordalias? Este es uno de los puntos donde la reconstrucción historiográfica y antropológica más avanzado frente a la lectura mecánicamente evolucionista de Chiovenda a finales del siglo XIX y comienzos del XX. Reconstruir la función, además, ayuda a pensar su posible “racionalidad”. La “irracionalidad” es, en uno de sus sentidos más usuales, hacer cosas que no cumplen función o propósito y que solo responden a una lógica mágica o divina sin significado humano. En una revisión de la literatura realizada por Kerr, Forsyth y Plyley:

[i] nvestigadores jurídicos han explicado el rol de las ordalias por numerosas vías. Maitland propuso que había un fuerte sentimiento de que “un mero testimonio humano no era suficiente para enviar a un hombre al patíbulo”. Plucknett, aunque acepta que el propósito de las ordalias era determinar la culpabilidad o inocencia, sugirió que tenía “un valor práctico parecido a un test psicológico para averiguar la veracidad de lo dicho”. Morris llamó la ordalía “una instancia en que la orientación de Dios no era una simple esperanza; era obligatoria para la aplicación ordinaria de la justicia. Los hombres estaban convencidos que ellos no podrían administrar un sistema de justicia sin orientaciones directamente provenientes de Dios”. Hyams adelantó otra posible razón para invocar el juicio de Dios, ya que “daba al veredicto de las cortes una mayor oportunidad de aceptación firme”. Agrega: “cuando la brecha es más profunda, la comunidad requiere de un método especialmente severo y espectacular de buscar el juicio de Dios, incluyendo factores más allá que el mero castigo” y sugiere que la severidad de la ordalía sirvió como elemento disuasorio [de la conducta anti-social]. Bartlett, en su reciente estudio del juicio por ordalía, se suscribió a la teoría que su razón de ser era la incertidumbre. El creyó que la ordalía solo se usaba en ausencia de una acusación contra hombres de mala fama, cuando faltaba evidencia clara. Misericordia, testeo psicológico, finalidad, certeza, castigo,

¹²⁴ Ibid., p. 585.

disuasión- todas estas se han presentado como razones para el uso de la ordalía en la justicia penal inglesa.¹²⁵

Hoy en día, varios autores se encaminan hacia una hipótesis compleja sobre el significado social de la ordalía que tiene implicaciones importantes que falsean, en parte, la narrativa chiovendana tradicional. Voy a intentar un resumen apretado de esa literatura. La tesis central es que algunos individuos, usualmente marginales, son llevados a la ordalía por la comisión de los crímenes que más afectan la paz del grupo. Los individuos marginales no tienen credibilidad social y no tienen respaldo comunitario para pagar directamente o garantizar el pago diferido de la compensación de la sangre. La ordalía era un procedimiento tradicional de los pueblos pero que, hacia finales del milenio, empezó a ser tolerado y practicado por la Iglesia, en su entorno y con significados explícitamente religiosos. El Breviario de Eberhard de Bamberg describe la ordalía del caldero de agua hirviendo. Quizás, de hecho, el ritual pesaba en su conjunto más que el mismo iudicium Dei. Esta era apenas el culmen de una puesta en escena cuidadosa y profunda, diseñada para impresionar a las personas y a las comunidades y, por esa vía, lograr la transformación catártica del conflicto y la recomposición de la paz¹²⁶:

Que el sacerdote vaya a la iglesia con el acusador y con aquel que será juzgado. Y mientras que el resto espera en el vestíbulo de la iglesia, que el cura entre y se vista con las sagradas prendas excepto la casulla y que tomen el evangelio y el “chrismarium” y las reliquias de los santos y el cáliz, que vaya al altar y se dirija así a todos los que estén cerca: observad, hermanos, las ceremonias de la religión cristiana. Observad la ley en la cual hay esperanza e indulto de los pecados, el sagrado aceite del “chrisma”, la consagración del cuerpo y la sangre de nuestro Señor. Miren que ustedes no sean privados de la herencia de tan grandes bendiciones y de participar en ellas por implicarse en el crimen de otro, ya que está escrito que merecen la muerte, no solo los que hacen estas cosas, sino aquellos que se placen de lo que ellos hacen.

Luego, que el sacerdote se dirija al que va a soportar la ordalía: te ordeno, N., en presencia de todos, por el padre, el hijo y el espíritu santo, por el tremendo día del juicio, por el

¹²⁵ M. Kerr; R. Forsyth; M. Pyley, *Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England*, The Journal of Interdisciplinary History, Vol. 22, No. 4. Estados Unidos: The MIT Press. 1992. p. 573 -595 En: <https://www.jstor.org/stable/205237>. p. 573.

¹²⁶ Extraído de: “Breviary of Eberhard of Bamberg” ed. Zeumer in MG.LL. Sec V, Formulae, p. 650, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1898), Vol 4, no., 4, pp. 7-9. Traducción propia al español.

ministerio del bautismo, por la veneración de los santos, que, si eres culpable de la cuestión de la que te hemos acusado, si tú las has cometido, o consentido, o has visto a sabiendas a los perpetradores de este crimen, tú no entrarás a la iglesia ni estarás en compañía de cristianos a menos que confieses y admitas tu culpa antes de ser examinado en juicio público

Que luego señale un lugar en el vestíbulo donde el fuego será encendido para el agua, y rociará primero el lugar con agua bendita y rociará también el recipiente cuando esté listo para ser colgado y el agua adentro, para proteger contra las ilusiones del demonio. Luego, entrando a la iglesia con los otros, celebrará la misa de la ordalía. Después de la celebración, que el sacerdote vaya con el pueblo al lugar de la ordalía, el evangelio en su mano izquierda, la cruz, el incensario y las reliquias de los santos precediéndolos, y que cante siete salmos penitenciales en letanía.

Oración sobre el agua hirviendo: Oh Dios, juez justo, firme y paciente, tu quien eres el Autor de la paz, y juzgas con verdad, determina lo que es justo, oh Señor, y da a conocer Tu justo juicio. Oh Dios omnipotente, Tú que miraste la tierra y la hiciste temblar, Tú que, por el don de Tu Hijo, nuestro Señor Jesucristo, salvaste al mundo y por Su santísima pasión redimiste la raza humana, santifica, Señor, esta agua hervida por el fuego. Tú que salvaste a los tres jóvenes, Sidrac, Misac y Abednago, arrojados al horno feroz por las órdenes de Nabucodonosor, y los condujiste ilesos con la mano de Tu cincel, tú clemente y santísimo Rey, asístelo si cuando él sumerja su mano en el agua hirviendo, siendo inocente, y, como liberaste a los tres jóvenes del horno de fuego y liberaste a Susanna de la falsa acusación, entonces, oh Señor, saca su mano segura e ilesa de esta agua. Pero si es culpable y se atreve a sumergir su mano, endureciendo su corazón el diablo, deja que tu santa justicia se digne a declararlo, para tu juicio se manifieste en su cuerpo y su alma se salve por penitencia y confesión. Y si el hombre culpable intentará ocultar sus pecados mediante el uso de hierbas o cualquier magia, que su mano derecha se digne hacerlo fracasar. Por tu Hijo unigénito, nuestro Señor Jesucristo, que habita contigo. Bendición del agua: Te bendigo, oh criatura del agua, hirviendo sobre el fuego, en el nombre del Padre, y del Hijo, y del Espíritu Santo, de quien proceden todas las cosas; Te conjuro por Aquel que te ordenó regar toda la tierra de los cuatro ríos, y que te convocó desde la roca, y que te convirtió en vino, para que ninguna artimaña del diablo o la magia de los hombres puedan separarte de tus virtudes como medio de juicio; sino que castigues al vil y al impío, y purifiques al inocente. A través de Aquel a quien las cosas ocultas no pasan inadvertidas y que te envió al diluvio sobre toda la tierra para destruir a los malvados y que aún vendrá

a juzgar a los vivos, a los muertos y al mundo por el fuego. Amén. Oración: Omnipotente, Dios Eterno, humildemente te suplicamos en nombre de esta investigación que estamos a punto de emprender aquí entre nosotros, que la iniquidad no puede vencer a la justicia sino que la falsedad sea sometida a la verdad. Y si alguien busca obstaculizar u oscurecer este examen con cualquier magia o con hierbas de la tierra, dignate a impedirlo con tu mano derecha, oh juez recto.

Luego que el hombre que va a ser juzgado, así como la tetera o la olla en la que se encuentra el agua hirviendo, sean ahumados con el incienso de la mirra, y que se pronuncie esta oración: Oh Dios, Tú que dentro de esta sustancia de agua tienes ocultos tus sacramentos más solemnes, ven gentilmente a nosotros que te invocamos, y sobre este elemento preparado por mucha purificación derrama la virtud de tu bendición de que esta criatura, obediente a tus misterios, pueda ser dotada con tu gracia para detectar falacias diabólicas y humanas, para confundir sus artimañas y argumentos, y vencer sobre sus artes multiformes. Que todas las artimañas del enemigo oculto se reduzcan a nada para que podamos percibir claramente la verdad con respecto a aquellas cosas que nosotros, con sentidos finitos y corazones simples, estamos buscando de Tu juicio mediante la invocación de Tu santo nombre. Que los inocentes, te suplicamos, no sean condenados injustamente, o que los culpables puedan engañar con seguridad a aquellos que buscan la verdad de Ti, que eres la Luz verdadera, que viste en la tiniebla de sombras y que diste luz a nuestra oscuridad. Oh Tú, que percibes las cosas ocultas y sabes lo que es secreto, muéstralo y declara esto por Tu gracia y haz que el conocimiento de la verdad se manifieste a los que creemos en ti.

Luego que la mano sea puesta en agua y se lave con jabón y se examine cuidadosamente si está sana; y antes de que sea metida, que el sacerdote diga: Te conjuro, oh contenedor, por el Padre y el Hijo y el Espíritu Santo, y por la santa resurrección y por el tremendo día del juicio, y por los cuatro evangelistas, que, si este hombre es culpable de este crimen, ya sea por acto o por consentimiento, deja que el agua hierva violentamente, y tú, gira y burbujea. Después, que el hombre que va a ser juzgado hunda su mano y luego que se le selle inmediatamente. Después de la prueba, que tome un trago de agua bendita. Hasta el momento de la decisión sobre la prueba [se dejaba transcurrir un período de tres días antes de que se examinara la mano de nuevo] es bueno mezclar sal y agua bendita con toda su comida y bebida.

Toda esta parafernalia, explican los estudiosos, tenía varias funciones, de las más manifiestas a las latentes: ponía al acusado bajo el intenso control físico y psicológico de la comunidad; creaba un contexto emocional intenso y bien orquestado que influía de forma significativa en el ánimo del probando quien, compartiendo las creencias metafísicas expresadas en el ritual, podía llegar a “confesar” la verdad; la intensidad de la ceremonia ritual, con sus componentes de exposición, vergüenza y daño físico, implicaba un castigo por quemadura de piel (significativo, pero limitado) que producía, muy seguramente, dinámicas de prevención especial y general dentro de la comunidad; el carácter ritual de toda la ceremonia servía como elemento penitencial de purificación y reaceptación del probando en el cuerpo social del cual se había separado; y, finalmente, en la investigación de Kerr, Forsyth y Plyley, la ordalía era un elaborado drama social que permitía la aplicación del perdón y de la misericordia de la comunidad. Era la última oportunidad de salvación frente a las penas capitales de muerte o de destierro.

Con un estudio riguroso de los archivos históricos ingleses¹²⁷, Kerr, Forsyth y Plyely sostienen que la ordalía del fuego y del caldero estaban diseñadas y eran ejecutadas de tal manera para que la mayoría de los probandos las superaran. El ritual al que se les sometía tenía ya evidentes efectos psico-sociales sobre los probandos y la comunidad y quizás con eso bastaba para el propósito de generar control social de las conductas ilícitas. Se lograba la expiación y la reconciliación, al mismo tiempo que se salvaba la vida de la mayoría que pasaban exitosamente la ordalía; con todo, la experiencia tenía un efecto significativo de expiación y escarmiento. Y la comunidad apelaba a Dios, pero conocía y calculaba racionalmente las consecuencias terrenales de las invocaciones rituales a Dios. A la ordalía iban, como hemos dicho, las personas que merecían la pena de muerte por la comisión de los delitos más graves. Pero, antes de la pena de muerte, Dios debía confirmar las sospechas de la comunidad que, en jurado, no habían sido resueltas en el procedimiento por compurgaciones.

Las ordalías eran usualmente aplicadas en un orden que tomaba en consideración la severidad de sus consecuencias (que la comunidad conocía bien y que, por tanto, manipulaba “racionalmente”): en primer lugar, se utilizaba usualmente la del agua, donde

¹²⁷ 126 Extraídas de diversas fuentes: F. L. Attenborough, (ed.), *The Laws of the Earliest English Kings*. Reino Unido: Cambridge UP, 1922; A. J. Robertson, (ed.), *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I*. Reino Unido: Cambridge, 1925; L.J. Downer (ed.), *Leges Henrici Primi*. Reino Unido: Oxford, 1972; D. C. Douglas; G. W. Greenaway, (eds.), *English Historical Document*,. London. 1953.

las personas eran lanzadas amarradas de manos y pies a un cuerpo de agua. La creencia era que el agua aceptaría a los inocentes, permitiendo que se hundieran, y que los culpables flotarían porque el agua (signo de pureza) rechazaba sus culpas y manchas. Creencias religiosas aparte, en el aparato explicativo de la modernidad occidental se trata sencillamente de las consecuencias físicas de la flotabilidad del cuerpo humano. En la posición asumida por el ritual, los estudios han mostrado que los hombres que hacen una exhalación forzada máxima del aire en sus pulmones se hunden en el agua en casi el 100% de los casos (es decir, pasarían el juicio de Dios). Este hecho físico básica facilita la manipulación de la ordalía hacia la salvación del probando. Los datos del archivo histórico corroboran esta hipótesis: de los datos disponibles en Inglaterra, el 82% de los probandos en la ordalía de la inmersión en agua eran aceptados en ella y, por tanto, se salvaban de la pena capital.¹²⁸

Pero hay otro dato quizás más interesante: las mujeres rara vez iban a la ordalía por inmersión y casi siempre se las llevaba directamente o (i) a la ordalía del caldero de agua hirviendo de donde debían sacar una piedra o (ii) a la ordalía de sostener un trozo de hierro al rojo vivo mientras se daban nueve pasos. Esta diferencia parece abiertamente sexista, pero, según las investigaciones, no lo es. La hipótesis de Kerr, Forsyth y Plyley es que, según se sabe por la física moderna y por la experiencia cotidiana, el cuerpo de una mujer tiene mayor flotabilidad y, por tanto, más probabilidades de ser expulsada por el agua y, por tanto, de ser declarada culpable. Esto lo sabían también los jurados medievales que hacían las correspondientes acomodaciones: las mujeres, por tanto, rara vez eran sometidas a la inmersión, sino que junto con algunos hombres recalcitrantes eran llevados a las pruebas más severas del agua hirviendo o del hierro candente.¹²⁹

Pero allí también la comunidad tenía espacios de manipulación benevolente del ritual: luego de la ordalía, la mano era inmediatamente “sellada” para posterior inspección que se realizaba al tercer día. La mano tenía que estar sana (o, al menos, parecerlo, según la opinión de los comuneros evaluadores). Pero Kerr, Forsyth y Plyley muestran que las personas podían, de hecho, salir ilesas de las quemaduras por varias razones: la prueba podía ser manipulada para que no hubiese quemadura física (logrando reducir la temperatura del agua o del hierro o el tiempo efectivo de exposición de la piel) y debido también a características físicas del probando (callosidades en las manos, auto-sugestión,

¹²⁸ M. Kerr et. Al, op. Cit. Pág. 588.

¹²⁹ Ibid.

mayor tolerancia). Igualmente lanzan la hipótesis que, cuando las personas sí se quemaban, la interpretación procesal del iudicium Dei estaba abierta a la lectura de la comunidad: las heridas graves por quemadura de segundo y de tercer grado son con frecuencia blancas porque la piel está completamente “cocinada” y, ante ojos inexpertos, pueden dar la impresión de indemnidad. Igualmente, en las prescripciones rituales se decía que una de las principales muestras de que la mano no estaba sana (y que, por tanto, Dios no había protegido al probando) era que exhibiera insanes crudescens, esto es, supuración purulenta.¹³⁰ A partir de la ciencia médica contemporánea, Kerr, Forsyth y Plyley argumentan que la incidencia de infección purulenta en quemaduras de segundo o tercer grado en menos del 30% del cuerpo (la quemadura de la mano representa el 1% de la superficie del cuerpo) es una complicación médica más bien rara y, de manifestarse, lo hace a partir del quinto día de la lesión.¹³¹ Con estos datos, los autores proponen una especulación razonable que ayuda a entender la evidencia dura que suministra la baja tasa de condenas registradas para el iudicium Dei por ordalía de fuego:

Los probandos que se sometían a las ordalías del hierro al rojo vivo tenían tres posibilidades de éxito. Podían, de hecho, no sufrir lesiones, por razones hoy comprensibles, o, porque el acero se haya dejado enfriar deliberadamente. Alternativamente, podían sufrir una profunda quemadura de segundo o de tercer grado la cual tendría la apariencia de que no había herida, con la mano, de hecho, hervida. Finalmente, los probandos podían no desarrollar una infección supurante en el corto plazo. Aquellos involucrados en la administración de los juicios por ordalías, a pesar de ignorar los modernos tratamientos médicos, no eran incapaces de observar; y esas tres oportunidades de escape seguramente eran conocidas por ellos. Este conocimiento implica fuertemente que la prueba fuera intencionalmente diseñada de manera que la mayor cantidad de personas pudieran pasarla. Y, sin sorpresa, en los tres casos de acero caliente que se conocen de los registros de Eyre y de la Curia Regis, el resultado fue exitoso en el 100%; y en las ordalías soportadas en el Registro de Varad, el resultado fue exculpatario en el 68% de 306 casos.¹³²

Esto lleva a los autores a concluir que “si el juicio por ordalía fue intencionalmente diseñado para que si no todos, sí al menos una sustancial mayoría de los probandos la

¹³⁰ Como está descrito en un ritual datado entre los siglos XI y XII que trae Liebermann, Felix. *Die Gesetze der Angelsachsen*. Editorial Halle S.A. 1903. pp. 427-428.

¹³¹ Véase M. Kerr et. al. op. cit. en especial las notas de página 37 y 38 en páginas 593-594.

¹³² M. Kerr et. al. op. cit.

pasaran, se debe concluir que quienes la orientaban no estaban tan dispuestos a dejar la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia completamente en las manos de Dios.”¹³³

Las ordalías, pues, eran formas de ejercicio comunitario de la piedad. Esta función es compatible con el efecto purgatorio (quemaduras, vergüenza y exposición social), expiativo y reconciliatorio del ritual. Lo purgatorio reemplazaba a lo punitivo. El costo de exponerse a sufrir un proceso o una ordalía (incluso si la mayoría no eran condenados efectivamente) debía tener un importante efecto de prevención, control y disciplina social. Todo esto puede ser criticable, pero no parece ser marcadamente más irracional que nuestros propios procedimientos judiciales. Es posible que, como ocurría en la edad media, las racionalidades de nuestros procesos y juicios sean latentes o inconscientes y muchas de sus irracionalidades sean explícitas y aceptadas. De hecho, el principal enemigo del juicio por ordalía terminó siendo el estado moderno que quería un derecho más “racional”, en el sentido de predecible y dominado por el estado, pero no más “racional” en el sentido de humanitario.¹³⁴ La justicia estatal terminó siendo más rígida, cierta y, por eso mismo, brutal: automatizó la pena de muerte y redujo los arbitrios de piedad que las comunidades medievales usaban generosamente a través de la ordalía. La oposición del Rey y sus juristas a la ordalía terminó reemplazándola, en la Inglaterra absolutista (y hobbesiana, by the way), por una pena capital cierta e inevitable:

Pero si la ordalía estaba de hecho orientada a ser un “procedimiento más estricto” que la compurgatio, Enrique II, no obstante, tenía graves dudas sobre ella, porque no solamente la denegaba a quienes hubieran “tomado en posesión el botín de robo o hurto” y a aquellos de “mala reputación sobre los que recayera un mal testimonio de la población y (sin que pudieran ofrecer) ninguna garantía,” y a quien hubiera confesado un crimen, sino que también ordenó que cualquiera de mala reputación que hubiese sido absuelto por la ordalía tenía que abandonar el reino. Posiblemente estaba de acuerdo con William Rufus, su predecesor, quien, enfadado por la absolución en ordalía de cincuenta hombres acusados de violar las leyes del bosque, hubo de vociferar: “¿qué es esto? ¿Es Dios un juez justo? Que perezca el que todavía lo crea.”¹³⁵

¹³³ Ibid.

¹³⁴ C. Radding, *Superstition to Science: Nature, Fortune, and the Passing of the Medieval Ordeal*, *The American Historical Review*, Vol. 84, No. 4, Oxford University Press. 1979. pp. 945-969.

¹³⁵ 134 M. Kerr et. al. *Óp. cit*, p. 575.

La conclusión de Kerr, Forsyth y Plyley lanza un irónico desafío al derecho moderno y se fundamenta en la airada blasfemia monarquista de William Rufus (Guillermo II de Inglaterra) que acabamos de escuchar. La evaluación que se puede hacer contra el mismo Chiovenda es, en cierto sentido, paradójica y graciosa: “La iglesia anglicana y el gobierno de los reinos de Ricardo I y Juan estarían muy desconcertados si supieran que los historiadores modernos han considerado la ordalía peor que la pena capital”.¹³⁶

Pero la ordalía plantea en general, desde una perspectiva crítica, un tema aún más interesante y capital de teoría procesal y probatoria que también preocupa mucho al derecho y a la política del presente: cómo se toman (descriptiva) y cómo se deben tomar (normativamente) decisiones judiciales en casos de incertidumbre fáctica. En casos importantes o difíciles (delitos que ocasionan alarma social y derechos importantes en juego, casos donde la evidencia no es clara, completa o unívoca, casos donde los litigantes tienen apenas “semi- pruebas”), el derecho contemporáneo también exhibe una mezcla entre racionalidad e irracionalidad, entre el principio de cautela adjudicativa y la asunción audaz de riesgo decisorio, en últimas, entre jueces que posponen la decisión y jueces que están dispuestos “a actuar”. Puede tratarse, por el lado de las virtudes, de un contraste entre jueces prudentes y jueces resueltos; y por el lado negativo, entre jueces timoratos y jueces temerarios. Cada quien escoge el calificativo según la ocasión, la posición y el caso. La condición del juez no es estrictamente individual, sino que depende en gran parte, del clima social en el que se desenvuelve el proceso. La “irracionalidad” medieval puede ayudar a reflexionar sobre la nuestra:

Una explicación más convincente, en parte al menos, de las faltas de direcciones precisas para la conducción de las ordalías puede encontrarse en la evidencia que tenemos del poder discrecional de las comunidades locales. A juzgar por las críticas hechas por Federico II y sus contemporáneos, en una época donde los grandes cambios en la perspectiva intelectual habían hecho inaceptables los procedimientos por ordalía, tales juicios permitieron un amplio espacio para todo tipo de manipulación, la cual evidentemente, no molestó tanto a las generaciones anteriores como para que abandonaron su práctica. Es posible que esto haya dado gran elasticidad en su conducción, de manera que posiblemente reflejara el consenso de opinión sobre cuán severo debía ser cualquier ordalía en particular y también influenciado por el nivel de alarma social en la época. La comunidad pudo bien jugado un papel, en ocasiones, determinante de los resultados de la ordalía. Hay claramente un

¹³⁶ Ibid. p. 595.

elemento del drama ritual y purgatorio en todos los tipos de juicio, incluidos los nuestros, y los sentimientos de la comunidad probablemente influyen el resultado más de lo que somos capaces de admitir.¹³⁷

Esta mezcla de racionalidad e irracionalidad se da también en el derecho de nuestros días. Estas dos dinámicas, además, no se diferencian con claridad excluyente, sino que confluyen en los procesos individuales y sociales de tomas de decisiones. En Colombia, por dar tan solo algunos ejemplos, existe la facultad estatal de expulsar a extranjeros que estén presentes en suelo colombiano.¹³⁸ La expulsión de venezolanos sin pruebas se ejerce frecuentemente y se encubre en algún principio de prueba. Con todo, la gente la acepta y el gobierno la práctica sin que esos actos cumplan a cabalidad con nuestros presupuestos culturales y legales de “racionalidad probatoria”. Pero se trata, sin duda, de una respuesta gubernamental-comunitaria a la percepción que hay amenazas sociales a las que hay que responder. Su racionalidad tiene, por tanto, otros objetivos, aunque este autor no esté de acuerdo con ellos por razones políticas.¹³⁹

¹³⁷ R. Colman, op. cit. p. 590.

¹³⁸ R. Uprimny, *(Anti)Migración Colombia*, 2019. En: <https://www.dejusticia.org/antimigracion-colombia/>

¹³⁹ Ver la columna de Rodrigo Uprimny donde denuncia la expulsión del venezolano Miguel Ángel Calderón.

Su análisis probatorio es el siguiente: “Migración Colombia expulsó arbitrariamente a Miguel Ángel Calderón, un administrador de empresas venezolano que había salido de su país con su familia creyendo poder encontrar acogida en Colombia. Y durante un tiempo lo logró: recibió el PEP (Permiso Especial de Permanencia) y pudo trabajar para subvenir a las necesidades de su familia, que es colombo-venezolana pues su esposa y su pequeña hija son colombianas. Durante esos años no cometió ninguna falta ni ninguna autoridad cuestionó su comportamiento, y por eso su PEP fue renovado hace pocas semanas [...] ¿Cuál fue entonces su “crimen” para que fuera expulsado y le prohibieran volver a Colombia durante cinco años, separándolo abruptamente de su familia, que perdió además su sustento material pues Miguel Ángel era quien aportaba el dinero al hogar? Conforme a la resolución de expulsión, fue haber realizado, el 22 de noviembre, aproximadamente a las 4 p.m., “un video frente a la residencia presidencial y de la seguridad de ese lugar, poniendo presuntamente en riesgo la seguridad del señor Presidente” (sic). [...] Ese día, Miguel Ángel vio que había protestas frente al condominio donde vive la familia del presidente Duque y decidió compartir ese hecho con su esposa, por lo cual filmó, a unas dos cuerdas de distancia y por algunos segundos, esos edificios. Eso es todo. Ese inocente video es la “prueba reina” de que Miguel Ángel es un espía, que amenaza la seguridad nacional y debía ser expulsado. Recordemos que ninguna norma prohíbe realizar esas filmaciones, a tal punto que ese día salieron en varios noticieros videos de esas protestas, que mostraban con mayor precisión la residencia de la familia Duque. ¿Será que todos esos noticieros son amenazas a la seguridad nacional?”. El Espectador, Dic. 20/2019: <https://www.semana.com/nacion/articulo/es-una-expulsion-totalmente-arbitraria-rodolfo-uprimny-sobre-caso-de-venezolano-acusado-de-ser-espia/645474>

En otro caso, la prensa reporta el uso frecuente e indiscriminado del “detector de mentiras” en el sector público colombiano¹⁴⁰. O frente a la realidad y la perturbación vital que genera el conflicto, por ejemplo, la gente va a los santuarios populares, donde se reza por la salud, pero también por los “pleitos”: ante el Señor Caído de Monserrate, el Cristo de Buga o Nuestra Señora de Guadalupe. Nada de eso es estrictamente racional, pero la gente lidia con sus dificultades en un tejido intrincado de “razón” y “no razón”, complejo y variado. Nuestros niveles de vulnerabilidad y miedo frente a amenazas vitales graves cambian nuestra percepción de la relación entre lo natural y lo sobrenatural. Una enfermedad o un pleito graves (que amenazan nuestra existencia), con frecuencia, nos empujar a “reencantar el mundo” con convencimiento y contundencia. Los rituales también son racionales y, frente al peligro, la gente puede pensar que es útil abrirse, por múltiples caminos, a la experiencia de lo trascendente. No es fácil enfermar, morir o caer en la quiebra civil de manera completamente laica y racionalista.

Estos argumentos muestran, al final, que la interpretación chiovendana tradicional es prejuiciosa y peyorativa de las prácticas judiciales de los villanos medievales:

No es tanto la carencia de información como nuestra propia arrogancia la que obstaculiza la comprensión. Ello concuerda con nuestros prejuicios de desestimar el juramento, las ordalías y cosas similares” como parte integrante de un sistema “primitivo o irracional o místico sistema” mientras que si miramos más profundamente podemos encontrar evidencia que soporte una interpretación diferente de esos procedimientos. Teniendo en cuenta nuestros propios tótems y tabús no racionales, podemos llegar a concluir que las proporciones de razonabilidad e irrazonabilidad son constantes [en la historia].¹⁴¹

La mezcla entre convencimiento social y prueba racional es mucho más compleja. La experiencia desnuda de los hechos existe, pero rara vez habla por sí sola en los juicios. A ellos llega, se procesa, se construye y se anuncia una verdad social compleja, mezcla de lo racional y de lo irracional: sin embargo, esta excesivamente simplificada distinción expone nuestros prejuicios porque se basa en dos hipótesis engañosas e no probadas: una, que los dos tipos de pruebas pueden separarse, lo que implica que son independientes o incompatibles, en lugar de partes complementarias de un mismo sistema; dos, que los

¹⁴⁰ 139 Revista Semana. *El polígrafo de Vargas Lleras. Sección de política*. Publicada el 7/30/2015 4:59:00 PM. En:

<https://www.semana.com/nacion/articulo/el-poligrafo-de-vargas-lleras/436776-3>

¹⁴¹ R. Colman, op. cit. p. 577.

procedimientos “por evidencia y argumento” fueron (y son) intrínsecamente racionales en lugar de ser parte de esas “mezclas desordenadas” de elementos racionales e irracionales.¹⁴²

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Este texto propone, en últimas, un enfoque programático que ayude a criticar y reconstruir nuestras tareas como participantes letrados e investigadores serios del mundo de sentido y prácticas que el conflicto social genera. Lo primero, en mi opinión, es que deberíamos estudiar con enorme atención el conjunto entero de este mundo de sentido y prácticas sin presuponer, desde el arranque, que solo nos interesan las rutas técnicas, jurídicas y, en últimas, estatales, de gestión. El prejuicio contra lo social proviene de la visión de la historia del proceso europeo que Chiovenda, como último de los medievalistas y primero de los modernos, nos transmitió de la multicentenaria ciencia letrada del proceso europeo occidental con la reimplantación universitaria del *studium generale*. Esta historia, aunque tan marginal en el estudio técnico del derecho procesal, sigue teniendo un papel del todo fundamental. Por esa razón, por construir y solidificar los supuestos, la tenemos que recorrer con mirada crítica y científica.

Un primer punto de conclusión parece obvio: el trasplante directo de los libros de Chiovenda y del procesalismo italiano de la primera mitad del siglo XX, generó una continuidad histórica al parecer obvia, pero profundamente errada, entre el proceso común europeo y los esfuerzos de las nuevas naciones latinoamericanas por entender y gestionar sus propios sistemas de justicia. No diré que tal proceso común europeo no tuviera nada que ver con la justicia local: es cierto que el crisol europeo de relaciones entre lo romano y lo germánico se construyeron las formas procesales abstractas que luego se trasplantarían a América en la época colonial y luego en la republicana, pero que dominarían tan solo la conflictividad de las élites que las manejaban con mayor desenvoltura e intimidad. Pero estas luchas y acomodaciones entre lo curial y lo popular europeo quedaron como petrificadas y ocultas en su derecho formal; de otro lado, si somos genuinamente chiovendianos, el punto de esta historización era el de descubrir la relaciones de colaboración y oposición entre los derechos sociales y populares dispersos de las comunidades históricas y la capa curial, erudita y estatal de derecho que se fue

¹⁴² Ibid. p. 578.

sobreponiendo a ellas en la medida en que la dominación estatal aumentó su presencia institucional efectiva (pero nunca total en cobertura o penetración, como solo sería posible en una distopía orwelliana). A Chiovenda, pues, le tocaba estudiar el proceso romano-germánico concreto que se dio en Europa, pero a los latinoamericanos nos tocaba estudiar la imbricación de rutas sociales y estatales que dieran cuenta de las realidades locales. La historia de Chiovenda era buena si nos ayudaba a iluminar una comparación relevante y crítica con lo europeo, no si se tomaba, como todavía se hace en la manualística dominante, como historia efectiva de lo local. Esta conclusión es penosamente clara y nos permite ver los vacíos de investigación significativos que tiene nuestra “ciencia del proceso”. No es “ciencia” por ser dependiente de la “ciencia procesal europea”, sino por producir el tipo de resultados y conclusiones que amplíen nuestra comprensión del objeto de estudio.

A pesar de todo, es posible que la dialéctica de lo romano y de lo germánico pueda ofrecernos alguna ayuda para pensar la conflictividad social de América Latina, aunque las dinámicas no sean, de ninguna manera, idénticas a las europeas. Aquí lanzo algunas de mis sospechas de cómo podrían ser esos resultados cuando los juristas empiecen a investigar, cuando los empecemos a traer de los guetos del pluralismo jurídico (historia, antropología, sociología, sicologías jurídicas) para iluminar nuestra doctrina procesal. Mi primera observación constata que en Europa los bárbaros, al final de cuentas, ganaron: no en vano se abre un arco narrativo que arranca quizás con la invasión de Teodorico en el 488 pero que da vuelta radical con la coronación de Carlomagno rey franco y emperador del Sacro Imperio. De invasores bárbaros a señores imperiales. En esa dinámica, los germánicos se romanizan y se cristianizan, pero de igual manera, lo romano-cristiano se germaniza de manera simbiótica y compleja. Esta macro-narrativa se refleja en lo jurídico y es la esencia de la idea de Europa como una “familia” romano-germánica de derechos. Lo “romano-germánico”, pues, no es la yuxtaposición de los derechos modernos de Italia, Francia y Alemania (como usualmente se entiende), sino la hipótesis histórica de la formación de un derecho común europeo mestizado por el condicionamiento cruzado entre derechos populares germánicos y un derecho romano curial, erudito y universitario. Pero en nuestro lado del mundo, las relaciones entre lo social y lo estatal siguieron, con toda seguridad histórica, caminos diferentes: los pueblos indígenas americanos estaban primeramente asentados y los europeos invadieron en una época histórica muy diferente al despuntar tecnológico, militar y político de la modernidad. Como sabemos, además, los descendientes de Moctezuma o de Atahualpa no llegarían a ser emperadores continentales.

El derecho social no se trasvasó a estructuras generales de dominio, sino que continuó medrando, por otras vías y recursos, en el ayllu y en el ejido campesinizado, en la comunidad, en la localidad, en la municipalidad. El derecho germánico migró y se instaló estratégicamente en las costumbres y luego en los derechos forales, municipales y, finalmente, nacional-estatales; los “derechos pachamámicos”, en cambio, se han mantenido en una defensiva latente en las actitudes populares hacia la conflictividad y en las expectativas y constricciones que desde allí le proponen a lo estatal-abstracto. Nos interesa, no solo la historia de lo amerindio original en el momento de la invasión (encuentro y desencuentro al mismo tiempo), sino que nos interesa también los trasvases de actitudes, creencias y procesos desde lo indígena etnográficamente diferenciado hacia lo social-popular disperso, con su multiplicidad de fuentes y tradiciones que, por necesidad, empiezan a desbordar con mucho el marco de lo predominantemente indígena. Esta historia del proceso sí es relevante para nuestros derechos; el proceso romano-germánico solo lo es como ejemplo académico en otras latitudes en el esfuerzo de construir una historia significativa que nos ayuda a comprender nuestro presente y nuestros desafíos. Si el derecho pachamámico no ganó en la competencia por el derecho estatal, como sí lo hizo parcialmente el germánico, no significa que no tenga importancia determinante: lo estatal convive diariamente con las comunidades y con las personas en que se manifiesta una sensibilidad “pachamámica” del conflicto. Lo de “pachamámico” es, por ahora, una mera provocación. Es la historia concreta la que nos dará insumos para una nueva historia del proceso en nuestros países donde tengamos una mejor información y una mejor evaluación de la forma en que lo social y lo estatal se han integrado. Este tema, además, no es una fruslería académica: es esencial para la comprensión y definición de nuestras políticas públicas de justicia. Al fin y al cabo, lo que los chiovendianos llaman “historia del proceso” es la misma historia general de nuestra comprensión de la teoría y la praxis en la dimensión social de los pares dialécticos concordia/discordia o conflicto/convivencia. Este mundo de sentido y práctica no tiene una buena palabra que, a manera de concepto, lo cubra y describa: no es el mundo del “derecho” (porque hay protocolos sociales de gestión de conflicto por fuera y, a veces, en contra de lo jurídico); no es el mundo del “proceso” (porque esta palabra ha sido capturada por los procedimientos judiciales del estado); no es el mundo de la “conflictividad” (porque esa palabra no incluye nuestras esperanzas y esfuerzos por lograr paz y convivencia social). Más bien: es el mundo en el que se activan todas las fuerzas, creencias, prácticas e

instituciones plurales para lidiar con la realidad perturbadora del conflicto, de la desconfianza y del extrañamiento entre personas y para dar salidas, tramitación y resolución dramática, ética, jurídica y política a la tensión individual y social que se da por la frustración, el desasosiego y las pérdidas tangibles e intangibles que genera la “confrontación” entre seres humanos. Como todas nuestras palabras para identificar disciplinas y campos de acción provienen de la antigüedad greco-latina, una ruta obvia es recordar que en esa lengua “paz” es *εἰρήνη-eirene* y que *πόλεμος-polemos* es guerra. Nuestra “logía” o “tratado” es una expresión de la dialéctica entre “eirene” y “pólemos” que no se ve necesariamente constreñida o limitada por su incompleta apropiación estatal en el “derecho procesal” y, muchísimo menos, en el “derecho judicial”. Es un horizonte amplio y complejo como el que alguna vez quiso indicar el “derecho romano-germánico”, mucho antes de la positivización reduccionista del derecho occidental de nuestra época: horizonte amplio porque no rehuía a las explicaciones, difíciles pero esenciales, de la relación entre lo social indiferenciado y la jurídico especializado. Estas conexiones luego se hicieron casi que imposibles luego de la injustificada alergia por contacto que el positivismo jurídico le legó a la ciencia del derecho con su rechazo obtuso y sin cuartel al “sincretismo metodológico”¹⁴³. Dentro de nuestras opciones conceptuales también está el concepto de “justicia”: la palabra tiene la ventaja que la dialéctica eirene-pólemos está inscrita en su interior. La gente, frente a la agresión, exige “justicia”: la dialéctica acción-reacción está reconocida en la búsqueda de justicia como restablecimiento de la concordia frente a actos de discordia. Pero, increíblemente, al igual que lo que ocurrió con la noción de “derecho procesal”, la expresión “justicia” ha sido colonizada intensamente por el derecho hasta el punto que muchos no ven en ella sino la “justicia judicial”. Sin embargo, por sus connotaciones filosóficas y humanas generales, es más probable que la palabra “justicia” llegue a emanciparse del yugo del derecho que la expresión, ya irrevocablemente disciplinar, de “derecho procesal”. El sitio que estoy describiendo, con todas sus tensiones, está poderosamente conceptualizado dentro del esquematismo hegeliano como la esfera o mundo del “espíritu objetivo” donde concurren el derecho abstracto, la moral y la ética. Supongo que, por ese sendero, podría uno hablar de las actitudes o del mundo “objetivo-

¹⁴³ Nombre clave en Kelsen de su temor analítico por contaminar la teoría pura del derecho con resultados de las “ciencias sociales” y así, mezclar indebidamente, esferas aparentemente discontinuas e irreductibles de la realidad. Esta doctrina kelseniana es errada y disfuncional para nuestra disciplina. Esta es, en mi opinión, la más perjudicial de las doctrinas de Kelsen que le ha cerrado muchas posibilidades de genuino avance a la ciencia del derecho.

espiritual”, pero la terminología hegeliana suena hoy distante y esotérica a pesar de su innegable capacidad de identificar las esenciales interrelaciones de lo dialéctico que se pierden en el pensamiento excluyentemente analítico. De otro lado, las ciencias sociales tienen una nueva “ciencia del conflicto” o “conflictología” o, en la misma vena, han acuñado la expresión “conflict resolution” como designación disciplinar. La etimología de la palabra “conflicto” es útil y poderosa: con-fligere, como verbo, denota la lucha (con evocaciones de trabajo, empujones y golpes) entre dos o varias personas; de ahí proviene el sustantivo conflictus, el desenvolvimiento de esa lucha, del “encontronazo” trabado entre voluntades y deseos antagónicos que engarzadas entre sí se empujan, se disputan espacio y compiten por triunfar. En estas conceptualizaciones, sin embargo, la dialéctica del momento subsiguiente (el de la salida del conflicto) sigue sin aparecer con claridad y, además, se invierte el error: la “conflictología” (conflict resolution studies) ha asumido como objeto de estudio el mundo de la dis-con-cordia parados muy predominantemente en lo socio-psicológico, con poca interacción con la esfera estatal-jurídica. Sus productos más comunes, además, apelan más a la gerencia de recursos humanos y, en general, a las estrategias de reducción de costos sociales que el conflicto causa dentro de la organización económica tardo-capitalista; o, alternativamente, se elevan a los problemas de paz y guerra entre naciones con una mirada usualmente geopolítica.

Luego de esta revisión preliminar creo que sería más bien ridículo proponer ahora un nuevo concepto definitivo para una disciplina ampliada de la relación discordia/concordia. Pero creo que lo seguimos necesitando para abrir el espacio mental y práctico que estudiamos en el “derecho procesal”. Pero podríamos utilizar, por ahora, unas muletas conceptuales: cuando lo necesitemos en función del contexto y objeto de estudio, en vez de “derecho” podríamos hablar genéricamente de “nomología”, cuando queramos estudiar las relaciones fundamentales entre ordenamientos normativos. La estrategia positivista ha sido aislar, aunque solo sea metodológicamente, al derecho de la moral, de la ética y de la religión. No tengo problemas con esta “purificación” del derecho, si no fuera que debido a ella tenemos que pagar costos enormes en políticas públicas de justicia y en nuestra comprensión general de la interacción de normas. Dicho de otra forma: Kelsen nos mostró las ventajas de la “pureza” del derecho, pero no sus innumerables costos; y Chiovenda, en cierto sentido, las ventajas de la “pureza” del estudio del proceso estatal como objeto ideal, pero no sus profundos problemas y cegueras.

El concepto que busco se parece, por ejemplo, a las conexiones entre “religión” y “religiosidad”. “Religión” indica una esfera y mundo de sentido; “religiosidad”, de otro lado, expresa las alternativas psico-socio-culturales con que la gente manifiesta su posicionamiento y comprensión de ese mundo religioso. Podemos hablar así de “religiosidad clerical” y de “religiosidad popular” para comprender las distinciones y las imbricaciones. La “religiosidad” es una manifestación de esa dimensión, pero no un “tratado” o “ciencia” de la religión. El tratado o ciencia de lo religioso ha recibido el nombre de “teología”. Frente al disenso-consenso, a la discordia-concordia, la gente tiene expectativas, disposiciones, procesos y creencias, llamémosla por ahora, “dis-concórdicas”. Este mundo de percepciones y actitudes subjetivas era conocido en la filosofía griega como “doxa” (opinión) y se oponía al tratamiento más científico y esencial del asunto, “episteme” (ciencia). Pero en muchas de las ciencias sociales, la “doxa” es parte principal del objeto de estudio por la “episteme”: la gente tiene “opiniones” (conjuntos de creencias, actitudes y expectativas) sobre el conflicto. Tiene así una “conflicto-doxia”. Esta “conflicto-doxia” puede ser personal e idiosincrática; pero puede ser también compartida, social y comunitaria: cuando la “conflictodoxia” pasa del mero “ideolecto” personal a ser un “sociolecto” compartido nos acercamos a lo que Chiovenda llamaba el “derecho germánico” como particular elipsis europeo de los “derechos populares” globales. “Conflictodoxia”, pues, como análogo funcional de “religiosidad” para nuestro campo de estudio: el barbarismo no satisface completamente, pero puede ayudarnos por ahora en llenar las necesidades terminológicas de una nueva “dike-logía” más amplia y comprehensiva.¹⁴⁴

Quedan asentadas así dos conclusiones fundamentales de este texto en su dirección programática. Necesitamos una renovación significativa de la historia del proceso que expone nuestro derecho procesal en manuales y tratados, al menos en dos direcciones: en primer lugar, necesitamos de una historia de los procesos locales (populares, estatales y su interacción) y no una yuxtaposición inconsciente y forzada del proceso común europeo y del “derecho germánico” sobre nuestra realidad; en segundo lugar, necesitamos advertir con claridad que el “proceso” es un concepto que incluye la imbricación compleja que hace la gente (individuos y comunidades) entre las herramientas de gestión social y gestión estatal de sus conflictos, donde se expresa una “conflictodoxia”. Para la gente este es un

¹⁴⁴ W. Goldschmidt, *La Ciencia De La Justicia Dikelogía*. Editorial: Aguilar, 1958.

“proceso”, es decir, una vía y una ruta que ni comienza ni se consume exclusivamente por los caminos híper-formalizados del “proceso judicial”. No es una ruta pautada por la ley, pero si caminos abiertos a fuerza de andarlos que interactúan con las promesas y amenazas, casi siempre lejanas, de la Ley. Nuestro problema científico no es el proceso judicial per se, sino la respuesta personal, familiar, comunitaria y sí, también, estatal, a las problemáticas dis-concórdicas, en su vertiente objetiva (de daño jurídico y de pérdida de derechos), pero también en su vertiente subjetiva (de estrés y problemática sico- social). La gente tiene actitudes y expectativas conflictodóxicas y el Estado trata de imponer, con restringido éxito, regimentaciones en el tratamiento de lo dis- concórdico. El campo, desde una mirada genuinamente humanista y no solamente mercado-técnica, debe ser visto como un conjunto integrado. La renuncia de la abogacía de ver esta realidad es un punto que la debilita como ciencia normativa y que disminuye su plasticidad y creatividad profesional a la hora de aconsejar y acompañar a las personas “en situación de conflicto”. Este artículo también impulsa a afirmar otra conclusión dentro de la “ciencia” del derecho procesal: la historia es también una ciencia en movimiento y no solo un cliché congelado en el tiempo. La excesiva representatividad que ha asumido “lo germánico” es particularmente nociva si esa historia de lo germánico no se mueve al ritmo dinámico de una investigación medievalista viva y reciente que no ha sido clausurada. La historia chiovendiana de lo germánico es ya bastante antigua y tiene, por esa razón, vacíos descriptivos y evaluativos que los trabajos posteriores, hasta nuestra época, han ayudado a iluminar con el apoyo de nuevos textos, de nueva evidencia y de nueva interpretación. Los resultados no pueden ser definitivos, pero la historiografía más contemporánea ha mostrado la funcionalidad de lo germánico-popular y no solo los vicios premodernos de los que el Estado y el proceso quisieron librarse. Así como Horkheimer y Adorno escribieron una “dialéctica de la ilustración”, para abandonar y criticar los unilateralismos dogmáticos que celebraban la ilustración como un avance civilizatorio irrestricto, así también debemos ver “lo germánico-popular” con una mirada más dialéctica que nos permita ver sus funciones actuales y su articulación en el amplio espacio de la conflictología. El resultado más importante de esto es la reevaluación de las categorías: ni lo estatal es plenamente “racional”, ni lo popular es íntegramente “irracional”. Nuestro culto a la razón quiere lograr que el tratamiento del conflicto sea “racional”, es decir, orientado a verdades y a consecuencias legales estrictas; pero el tratamiento del conflicto

debe ser también contextual y emocionalmente adecuado a las expectativas y al mundo de sentido y de posibilidad de la conflictodoxia personal, comunitaria y social.

En esa actualización del estudio de lo germánico, hemos apuntado también a unos hallazgos importantes y, posiblemente, perturbadores: “los hombres, siendo seres “pensantes”, pero también seres “sufrientes, ansiosos o jubilosos”, continuará actuando no solo sobre la base de lo que piensan que es “racional” sino también sobre lo que consideran impulsos “irracionales””.¹⁴⁵

La leyenda germánica en Chiovenda es poco interesante por sí sola, y resulta menos interesante si, además, la repetimos como saber dogmático y confesional en América Latina 120 años después. En puridad, no sabemos a ciencia cierta finalmente qué hacían los germanos con los conflictos y cuál era su conflictodoxia. La historia ha avanzado en el análisis de los materiales, pero, al menos en la repetición de los manuales usuales, sigue siendo una comparación especulativa que habla más de lo que nosotros somos hoy en día que de lo que ellos fueron en la edad media. La reconstrucción histórica es válida, y hay que aproximarse a ella con rigor y entusiasmo, pero la verdad de la historia se muestra con más claridad en lo que hacemos con ella, en los proyectos de nuestra propia época que fundamentamos en comprensiones del pasado. Compararnos con los germanos para decir que nuestro derecho procesal y probatorio es mejor o más racional es la forma menos interesante quizás de usar estos estudios históricos. En nuestra propia época deberíamos tener más crítica que complacencia: el tratamiento contemporáneo del conflicto tiene suficientes irrationalidades como para montarnos anacrónicamente en la ola del alto romanticismo europeo y anunciar, una vez más, su superioridad institucional. Es hora de tomarnos la “ciencia del proceso” y empezar a hacerla en serio.

¹⁴⁵ R. Colman, op. cit. p. 577: “In terms of the social context outlined earlier, it is not difficult to support the thesis that early medieval law, far from emphasizing the “primitive or irrational or mystical,” was structured on ascertainable principles. The crudest statistical analysis will reveal considerably more emphasis upon “rational” than upon “irrational” procedures”.

JUDICIAL ACTIVISM OR JUDICIAL REVIEW DISTINCTION CRITERIA AND COMPARATIVE ANALYSIS: BRAZIL, ARGENTINA, MEXICO, GERMANY¹

Cláudia Toledo

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION II. JUDICIAL ACTIVISM - CONCEPT III. JUDICIAL ACTIVISM - IDENTIFICATION CRITERIA; IV. ARGUMENTATIVE TAXONOMY AS OBJECTIVE CRITERIA; V. PARADIGMATIC ISSUE REGARDING JUDICIAL ACTIVISM – FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AND THE RIGHT TO THE EXISTENTIAL MINIMUM; VI. EMPIRICAL RESEARCH; VII. CONCLUDING REMARKS

This article presents the results of a research project, whose central objective was to study judicial activism, its concept, and to scientifically assess the performance of the Brazilian judiciary, in order to verify the validity of the criticism of judicial activism attributed to it recurrently. The judiciary controls the acts and omissions of the legislative and executive branches through judicial review. However, when the judiciary exceeds the limits of its competence (or jurisdiction), it unduly interferes in the competence of the political powers and practices judicial activism. In order to scientifically assess whether judicial performance in the concrete case is about regular judicial review or undue judicial activism, it is essential to analyze the institutional acts of the judiciary, that is, the judicial decisions, and the arguments provided by this power in the justification of its acts. Since judicial decisions are discursive acts, criteria for their assessment were sought in the discourse theory developed by Jürgen Habermas and the theory of legal argumentation elaborated by Robert Alexy.

I. INTRODUCTION

This article presents the results of a research project, whose central objective was to study judicial activism, its concept, and to scientifically assess the performance of the Brazilian judiciary, in order to verify the validity of the criticism of *judicial activism* attributed to it recurrently.

While the *principle of the separation of powers* establishes the tripartite division of state power in order to better organize its exercise, the *system of checks and balances* is embedded in it, and determines that the three public powers control each other's acts and omissions, so that no excessive or insufficient action is taken by any of them.

¹ This paper presents the results of a two-year (2017-19) research project coordinated by the author, and funded by FAPEMIG (the research funding institution of the state Minas Gerais, Brazil) and by the Federal University of Juiz de Fora (UFJF). The following students took part in the project: Marcello S. Figueiras, Anny Santana, Michelle A.M. Silva, Caio A.M.D. e Souza, Danielle F. Doehler, Livia M.H. Campos, Camille O. Castro, Daniela C. Meira, Aline de O.M. da Silva, Ana Clara V. Nogueira, Caio H.C. Zanon, Chafei P. Aiex.

The judiciary controls the acts and omissions of the legislative and executive branches through *judicial review*. However, when the judiciary exceeds the limits of its competence (or jurisdiction), it unduly interferes in the competence of the political powers and practices *judicial activism*.

In order to scientifically assess whether judicial performance in the concrete case is about regular *judicial review* or undue *judicial activism*, it is essential to analyze the *institutional acts* of the judiciary, that is, the *judicial decisions*, and the *arguments* provided by this power in the justification of its acts. Since judicial decisions are *discursive acts*, criteria for their assessment were sought in the *discourse theory* developed by Jürgen Habermas and the *theory of legal argumentation* elaborated by Robert Alexy.

According to Alexy, *legal discourse* is a *special case* of *general practical discourse* and is linked to *institutional arguments* – statutes, precedents and (ruling) doctrine. It is the typical discourse of the *judiciary*, whose main function is to apply the Law, which is formed exactly by those institutional arguments. In turn, the *general practical discourse*, on which legal discourse is based, is composed of *non-institutional arguments* (pragmatic, ethical and moral arguments), to which are added the also *non-institutional arguments* that are part of the *empirical discourse*, concerning concrete facts and scientific data. In legal discourse, there must *necessarily* be institutional arguments to which it is bound, but non-institutional arguments typical of general practical discourse and empirical discourse may also be used in it.

To the extent that the judiciary practices its institutional acts, that is, it renders its decisions based on the discourse that is proper to it, legal discourse, the tendency is that it is acting within the margin of its competence, applying the Law expressed in institutional arguments. Thus, the more arguments proper to legal discourse are duly used by the judiciary in the grounds for its decisions, the more likely it is that its actions are within the limits of its competence, that is, the greater the chances that its activity represents the regular *judicial review* of the acts and omissions of the other powers. However, the fewer institutional arguments there are in the justification for the judicial performance, or the greater the use of non-institutional arguments, the higher the probability that the judicial decision represents undue interference in the competence of the other powers. That is, the greater the chances of *judicial activism* in the exercise of jurisdiction.

This argumentative taxonomy was then applied to the analysis of the constitutional case law of different countries (Brazil, Argentina, Mexico and Germany). Based on the comparative study of arguments used in the reasoning of the decisions of the Constitutional Court of each country, this article aims to contribute to the clarification of the issue often mentioned, but rarely grounded, which is *judicial activism* and its practice (or not) by the Brazilian judiciary.

II. JUDICIAL ACTIVISM – CONCEPT

The principle of *separation of powers* establishes the division of responsibilities into three government branches, in order to better organize the exercise of power by the state and to avoid an overly empowered government. The *system of checks and balances* integrates this principle, and determines that the three public powers must reciprocally control each other's acts and omissions, so that there is a balance among the branches, without abuse of power by any of them. Judicial review of the performance of legislative and executive powers is called *judicial review*. Thus, judicial review is the regular compliance with this system of checks and balances by the judiciary.

While judicial review stems from judiciary performance within its scope of competence, *judicial activism* refers to an excessive performance of judicial power. The concept of judicial activism is controversial in legal doctrine. The origin of the term “judicial activism” is attributed to the North American context, although it is polemic when exactly it came about – when the Supreme Court created judicial review, in the case *Marbury v. Madison* (1803)², or during E. Warren Court (1953-69), due to its remarkable performance in the realization of individual and political fundamental rights, such as in the case *Brown v. Board of Education* (1954)³.

The mention of right-wing or left-wing judicial activism is common in the USA. Despite the identification of judicial activism with a conservative or a progressive ideology, in both cases reference is made to “some excess or distortion in the exercise of jurisdictional function”⁴ [free translation]. This conception is present both in American and Brazilian

² J. Celso M. Paganelli et al., *Ativismo judicial: paradigmas atuais* [Judicial activism: present paradigms], São Paulo, 2011, 132

³ J. D. Carter, *Warren Court and the Constitution: a critical view of judicial activism*, Los Angeles, 1972, 41-42

⁴ J. de Souza Machado, *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal* [Judicial activism in Federal Supreme Court], Rio de Janeiro, 2008, 12.

legal doctrine – Marshall conceives judicial activism as a "refusal by the Courts to remain within the jurisdictional limits established for the exercise of their powers"⁵, and Ramos⁶ defines it as the exercise of jurisdictional function beyond the limits imposed by the legal order.

The notions of *excessive* performance of judicial power or the exercise of its function *beyond* legal limits are not connected with the idea of incorrect or wrong decisions, but decisions on matters that are not within the competence of judicial power, i.e., matters under the competence of other public powers (legislative or executive). Thus, judicial activism is here conceived of as *undue judicial interference in the competence of other public power*.

III. JUDICIAL ACTIVISM – IDENTIFICATION CRITERIA

This “excessive judicial performance” or “undue judicial interference” can be analyzed from different perspectives – legal, sociological, political, historical, moral etc. The *reasons* for judicial activism can be sought, for example, in the indication of the judges of Superior Courts by the political powers; in the professional background of each judge; in the composition of the court etc. As *sources* of study to approach judicial activism one can use interviews with judges, newspaper articles, judicial decisions, scientific essays, among others. The *effects* of judicial activism can be checked in Politics, in Economy, in cultural production and so on. This paper analyzes judicial activism from a *legal* perspective and uses *judicial decisions* as sources of study. It seeks to identify whether the criticism of judicial activism by Brazilian judicial power is correct or suitable.

One of the ways to assess the performance of a public power is by analyzing its *institutional acts*. While *administrative acts* are the institutional acts of the executive power in the exercise of its functions, and *statutes* are the institutional acts of the legislative power, the institutional acts of the judicial power are *judicial decisions*. Therefore judicial decisions were chosen as the object of analysis of this study.

⁵ W. P. Marshall, *Conservatives and seven sins of judicial activism*, L.Rev. 73, 124 (2002).

⁶ E. da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* [Judicial activism: dogmatic parameters], São Paulo, 2010, 129.

For the purpose of evaluation, *criteria* are needed. As judicial decisions are *discursive acts*, criteria for *discourse analysis* must necessarily be used. Discourses are made up of *arguments*. Therefore, criteria for assessing arguments were adopted. Thus, the way chosen to assess whether the judiciary is activist or not was the analysis of judicial decisions from a *discursive perspective*. The arguments for the reasoning of judicial decisions were analyzed to verify how judicial power justifies its performance. In other words, the arguments of the judicial decisions were analyzed to check whether or not the judiciary justifies its institutional acts with arguments which demonstrate that its performance is *within its competence* as judicial review.

There is no doubt that the assessment of judicial power's *performance* involves more than the analysis of its *acts* (judicial decisions). Nevertheless, although *discourse analysis* is not a *sufficient* procedure to reach a completely well-founded conclusion about judicial performance, it is certainly a *necessary* procedure to do so, since judicial decisions are *discursive acts*.

Therefore, in order to assess the performance of Brazilian judicial power, the arguments used in the legal reasoning of judicial decisions of the Brazilian Constitutional Court were analyzed to identify the grounds on which judicial power based its decisions regarding the review of executive power's decisions (or omissions) related to one of the issues whose judicial approach most generates the criticism of judicial activism: the fundamental social right to the existential *minimum*. The provision of the existential minimum is originally under the competence of executive power. When this power is omissive, the provision of that right is demanded in court. If the judicial decision orders the provision of the existential minimum, the judiciary is usually criticized for activism, since there would be undue judicial interference in the competence of executive power. In order to have a comparative parameter with other national realities about this issue, the constitutional case law of other countries in Latin America (Argentina and Mexico) and Europe (Germany) was also surveyed.

Speech analysis involves verifying the *arguments* used in speech. The taxonomy of the arguments studied was based on the thoughts of Robert Alexy and Jürgen Habermas. Both authors deal with *discourse theory*, which, in addition to being normative, is analytical, that is, it analyzes the *structure* of speech. Thus, the *argumentative taxonomy* formulated by Alexy and Habermas was used as *objective criteria* to analyze the researched case law and to identify an argument as typically legal or not. If the court decision, which is the institutional act of judicial power, was grounded on typical legal arguments, there is a high probability that

this decision was properly made, under the competence scope of judicial power. Thus, there is a low probability of *undue judicial interference* in the competence of the executive branch, i.e., there is a low probability of *judicial activism* and a high probability of regular *judicial review* of administrative acts or omissions, according to the system of checks and balances.

IV. ARGUMENTATIVE TAXONOMY AS OBJECTIVE CRITERIA

According to Alexy, there are two kinds of discourse: *empirical* and (general) *practical* discourse.⁷

On one hand, empirical discourse *describes the reality*, by arguments that refer to:

- a) past, present and/or future *concrete facts*;
- b) *scientific data* from natural and social sciences.

On the other hand, practical discourse is a *normative discourse* that raises the *claim to correctness*.

Habermas⁸ explains that this discourse is composed of:

- c) *pragmatic* arguments – arguments related to the choice of techniques and action strategies, especially based on the criteria of *efficiency* and *utility*, according to a *means-end* relationship;
- d) *ethical* arguments – related to the tradition that gives identity (cultural and political self-understanding) to a certain individual or society, i.e., arguments by which members of a society seek to clarify the shared way of life and the guiding ideals of their common life projects;
- e) *moral* arguments – refer to the "symmetrical interest of all", arguments that have the semantic form of *categorical imperatives* and are related to the *principle of universalization*. A rule is universally fair only when everyone may want it to be complied with by anyone in a similar situation.

Finally, according to Alexy⁹, *legal* discourse is a *special case* of general practical discourse. It is committed to *institutional arguments* – *statutes*, *precedents* and (ruling) *doctrine*. Institutional

⁷ R. Alexy, *A theory of legal argumentation – The theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford, 2010, 232.

⁸ J. Habermas, *Between facts and norms – Contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge, 1996, 159-162.

⁹ R. Alexy, *supra*, 16.

arguments are *authoritative reasons* with different *binding intensities*. The binding character of statutes is the highest, followed by precedents, and ruling doctrine, whose binding character is the weakest.¹⁰

Judicial decisions, as judiciary *institutional* acts, are committed to *institutional* arguments. However, the *necessity* of using institutional arguments does not mean that these arguments are *sufficient* or *exclusive* in legal discourse. On the contrary, since legal discourse is a special case of general practical discourse, the *basis* of legal discourse lies in general practical discourse.¹¹ General practical discourse is the non-institutional and completely free discourse on practical issues, that is, on what is mandatory, forbidden, and allowed, or on what is good and bad.¹² General practical arguments and legal arguments *complete* one another. This is precisely expressed by the *thesis of integration* between legal argumentation and general practical argumentation, according to which “specifically legal arguments and general practical arguments should be combined at all levels and applied jointly”.¹³

Although there is no predetermination of premises in legal discourse and the possibility of different arguments is broad, according to Alexy, institutional arguments have *prima facie precedence* over non-institutional arguments. This is expressed in one of the rules of legal argumentation (rule J.7): “Arguments which express a link to the literal content of the law or to the will of the historical legislator prevail over other arguments, unless rational grounds can be presented which give priority to other arguments”.¹⁴

Some conclusions may be drawn from this rule in relation to judicial activism:

- the greater the number (quantity) and relevance (quality) of *institutional arguments* in the judicial decision, the greater the chance that judicial power is acting *within* its competence – therefore, the lower the probability of judicial activism;
- the greater the number and relevance of *non-institutional arguments* in the *ratio decidendi* of the judicial decision, the greater the chance that judicial power is acting *beyond* its competence, since these are not legal arguments, which are proper of legal discourse – therefore, the greater the probability of judicial activism;
- the greater the *approach* to the issue at stake by *statutes, precedents and doctrine* (institutional arguments), the greater the scope of judicial review and the greater

¹⁰ R. Alexy, *The special case thesis and the dual nature of law*, R.Jur. 31, 256-257 (2018).

¹¹ R. Alexy, *supra* note 07, 20.

¹² R. Alexy, *supra* note 10, 255-256.

¹³ R. Alexy, *supra* note 07, 20.

¹⁴ R. Alexy, *supra* note 07, 287.

the chance that judicial power is acting *within* its competence – therefore, the lower the probability of judicial activism.

Thereby judicial activism is not a phenomenon identified according to a binary code “yes” or “no”. It presents a *gradual structure*, i.e., undue judicial interference may be lighter or more serious depending on the *factual* and *legal conditions* of the *concrete case*.

V. PARADIGMATIC ISSUE REGARDING JUDICIAL ACTIVISM – FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AND THE RIGHT TO THE EXISTENTIAL MINIMUM

Fundamental social rights claimed before the court are a paradigmatic issue in giving rise to the criticism of judicial activism. Mainly seen as programatic norms in most states in the last century, fundamental social rights have been regarded as *subjective rights* since the 2000s in Brazil. They are fundamental rights to *factual positive state provision* (provision of kinds, services or financial benefits). Therefore, a judicial decision ordering the compliance with these rights means, for example, an order for the state (executive power) to provide medical treatment for a person or the enrollment of a child in public school. On one hand, in these situations, the elected powers usually assure that there is undue judicial interference in the implementation of public policies, i.e., the legislative and executive branches claim that there is *judicial activism*. On the other hand, in the same situations, judicial power asserts that this is the regular compliance with the system of checks and balances, i.e., the judiciary states that this is simply *judicial review*.

Among fundamental social rights, the right to the existential *minimum* is the one whose claim provokes the most criticism of judicial activism. The right to the existential minimum is composed of *the essential core of fundamental social right considered indispensable for the guarantee of an elementar level of human dignity* that is generally not enacted by the legislator, but *hermeneutically* deduced from positive law by *judicial power* and *doctrine*, and declared in the so-called *derivative fundamental rights norms*.¹⁵ These are norms whose association with or

¹⁵ R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford, 2010, 33. Although there is no doubt that the directly expressed constitutional provisions of fundamental rights are fundamental rights norms, such norms are not reduced to these provisions – under penalty of going back to the positivist conception previous to the second world war, with all the limitations (and consequences) that characterized it. Hence, fundamental rights norms are divided into two groups: norms directly established in the Constitution and derivative fundamental rights norms. Id. at 35-38.

derivation of a directly expressed fundamental rights norm is demonstrated by “correct justification”. In other words, derivative fundamental rights norms are justified by case law and legal doctrine arguments, which are possible to ground rationally the derivation of fundamental rights norms from norms that are literally established in the constitutional text.¹⁶

Existential minimum is *the essential core of the fundamental social rights considered indispensable for the guarantee of an elementary level of human dignity*.¹⁷

Human dignity is one of the most open issues in law and social sciences in general. Based on the bibliographic research carried out, human dignity is defined as *a value socially attributed to the human being as an end in itself*.¹⁸ This value has two dimensions: *subjective/individual* dimension, as a value attributed to the person for their mere ontological existence as a human being, and *objective/social* dimension, as a heteronomous value attributed by society to the person.¹⁹ Regarding its legal structure, the value of human dignity is the content of a *principle*.²⁰

The definition of the *content* of the existential minimum is controversial, but it is established according to the *socioeconomic reality* (factual conditions) of each country. While the German existential minimum involves all the itens included in the *financial benefit Arbeitslosengeld II*, popularly known as *Hartz IV* (as explained below) – such as foodstuffs, clothing, housing, equipment for the household, healthcare, transport etc. –, Brazilian socioeconomic reality imposes a much shorter existential minimum content: despite the controversy on this issue, two fundamental social rights are peacefully acknowledged by case law and doctrine as included in the Brazilian existential minimum – right to *health* (primary health care demands)²¹ and *education* (until high school)²².

¹⁶ Id. at 35-38.

¹⁷ C. Toledo et al., *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial na Realidade Latino-Americana – Brasil, Argentina, Colômbia e México* [Fundamental Social Rights and Existential Minimum in Latin American Reality – Brazil, Argentina, Colombia and Mexico], Rev.B.D.F. & J., 218 (2019).

¹⁸ Id. at 220.

¹⁹ L. R. Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação* [Human Dignity in Contemporary Constitutional Law: Legal Nature, Minimum Contents and Application Criteria], (Oct., 10, 2020, 04:16 PM) http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf

²⁰ Robert Alexy, *Human dignity and proportionality analysis*, Joç. 84 (2015).

²¹ *Primary health care demands* are the health demands directly necessary for the *maintenance of life*. This is the *essential core* of the right to health. L. Gaspar Melquiades Duarte, *Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde* [Possibilities and limits of judicial control over health public policies] 132 (Belo Horizonte, 2011).

²² According to art. 208, I of Brazilian Federal Constitution/1988, the provision of basic education is mandatory for the state – basic education involves pre-school, elementary and high school (in total 14 years).

Existential minimum is the only *definitive right* (object of a *rule*) among all fundamental rights (which are *prima facie* rights, object of *principles*).²³ This means that the right to the existential minimum is immediately enforceable through judicial power and does not depend on a balancing process to be established in concrete cases.

Thus, “existential minimum” was the search expression used in the empirical research on the courts’ official websites. In order to assess whether or not judicial performance is activist, it is necessary to carry out a comparative analysis of the decisions of the *same court* on *different dates* and of *different courts* on the *same date*. This is how the empirical research was conducted as explained below.

VI. EMPIRICAL RESEARCH

For the purpose of assessing Brazilian judicial performance – as activist or not – both the quantity and the quality of the *arguments* used in judicial decisions by the Constitutional Court of Brazil (*Supremo Tribunal Federal* – STF), Argentina (*Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* – CSJN), Mexico (*Suprema Corte de Justicia de la Nación* – SCJN) and Germany (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) were analyzed.

The selection of these countries is based on the similarities among the Latin American countries, whose legal and social problems are very similar, so that the investigation of the three realities may provide scientific contributions. The survey of German constitutional case law is justified by the relevant position that German constitutional law holds in the Brazilian legal scene – many theories and jurists from Germany are intensely studied in Brazil and German law is often used as a regulative parameter to Brazilian law. The German approach to the issue “existential minimum” is an example of regulative parameter for Brazilian legal doctrine, since it is a topic quite developed both by doctrine²⁴ and case law in Germany (as exposed below).

Only the *collegiate* decisions were analyzed, since the research looked for the *institutional* position of the courts, and not the position of their individual members in monocratic

²³ R. Alexy, *supra* note 15, 60.

²⁴ R. Alexy, *supra* note 15, 290; 334-350. Volker Neumann, *Menschenwürde und Existenzminimum* [Human dignity and existential minimum], Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät (Feb. 10, 2020, 02:40 PM) <https://doi.org/10.18452/1595>.

decisions. The *time methodological cut* is from 2004 to 2017. The selection is justified by the fact that in 2004 there was the first literal reference to the expression *existential minimum* by STF in Brazil, and 2017 was the first year of the research project. Thus, the decisions made during 14 years by the selected Constitutional Courts were studied.

With the help of a table, information from each decision was sought and annotated, regarding the existence of *institutional* (statutes, precedents, doctrine) and *non-institutional* (general practical and/or empirical) *arguments*.

6.1. Brazilian Constitutional Case Law – Supremo Tribunal Federal (STF)

The search for the term "existential minimum" carried out on the official website of STF resulted in 2 decisions of the *First Chamber*, 8 decisions of the *Second Chamber* and 13 decisions of the *Plenary*. There is a clear growing appeal to judicial power for the guarantee of the right to the existential minimum. Whereas the first reference to this right in 2004 was made in a monocratic decision²⁵, in 2007 there was 1 plenary decision²⁶ on this issue and in 2017 there were 7 plenary decisions on it²⁷.

The survey results are shown in the following tables:

Table 1 Brazilian constitutional case law – Institutional arguments

INSTITUTIONAL ARGUMENTS		
	Number of Decisions	%
Statutes	23	100%
Precedents	23	100%
Doctrine	20	87%

The first evident conclusion of these numbers related to institutional arguments used by the Brazilian Constitutional Court is the proximity of the two different legal systems (*civil law* and *common law*) in Brazil. Although it is a country that follows the civil law tradition, whose main legal source are statutes, precedents (typical of common law) were also used in 100% of the decisions.

²⁵ ADPF 45 MC/DF.

²⁶ ADI 3768/DF.

²⁷ ADI 4066/DF, RE 760931/DF, RE 587970/SP, ADI 2028/DF, RE 566622/RS, RE 580252/MS, RE 835558/SP.

As for the reference to *statutes*, of course, the *Federal Constitution/1988* was the most quoted norm by STF, mainly its art. 6° (fundamental social rights), art. 196 (right to health) and art. 205 (right to education).

As for *precedents*, the most quoted one was the monocratic decision *ADPF 45 MC/DF*, which is the *leading case* issued in 2004 with the first literal reference by STF to *existential minimum*.

As for *doctrine*, the most mentioned jurists are Brazilian, except for Holmes and Sunstein, the North American professors whose book *The Cost of Rights* was frequently quoted.

Table 2 Brazilian constitutional case law – Non-institutional arguments

NON-INSTITUTIONAL ARGUMENTS		
General Practical Discourse		
	Number of Decisions	%
Pragmatic Arguments	10	43%
Ethical Arguments	7	30%
Moral Arguments	5	22%
Empirical Discourse		
Concrete Facts	8	35%
Scientific Data	5	22%

All *non-institutional* arguments were used in Brazilian constitutional case law, considering the 23 decisions in total. Most decisions presented more than one non-institutional argument. As examples of non-institutional arguments used in the reasoning of the analyzed judicial decisions, the following ones may be quoted.

In the decision *RE 581.488/RS*, a *pragmatic* argument was used referring to an action strategy based on a means-end reasoning. The patients of the Brazilian public health system (*Sistema Único de Saúde – SUS*) were forbidden to pay extra fees for any special treatment in order to avoid possible social discrimination. The court stated that if these fees were allowed, there would be the risk of directing beds, in private institutions, to care for patients that will complement the amount paid by SUS. If these entities were free to seek profit in their activities, nothing would prevent the preference for this category of

users, a situation that is detrimental to the great majority of the Brazilian population.²⁸
[Free translation]

This same decision established the following *ethical* argument, referring to a guiding ideal of Brazilian society: “[This is] a proposal completely dissociated from loyalty, good faith and legitimacy, because it proposes, in a country where the Constitution promises a society based on justice and solidarity with eradication of inequalities, an inequality between the poor and the poorest.”²⁹ [Free translation]

Finally, the decision *RE 658.312/SC* approved a different treatment (adding some more minutes for breaks at work) for female employees, based on the *moral* argument that provides for the need to treat unequal situations unevenly:

The Federal Constitution used some criteria for this different treatment:
i) first, it took into account the historical exclusion of women from the regular labor market and imposed on the state the obligation to implement public, administrative or merely legislative policies of a protective nature under the terms of labor law.³⁰ [Free translation]

Among the *empirical* arguments, there were arguments related to *concrete cases* in 8 decisions (35%) and to *scientific data* in 5 decisions (22%). As an example of empirical argument mentioning *concret facts*, there is the decision *RE 587.970/SP*. The court condemned the National Institute of Social Security (*Instituto Nacional do Seguro Social* – INSS) to provide a social benefit to a foreigner, resident in Brazil for more than 54 years, referring to the following concrete fact: “[...] according to Federal Police data, in March 2015, Brazil had 1,847,274 regular immigrants, of which 1,189,947 had a permanent visa and 595,800 had a temporary visa” [free translation].³¹

In the aforementioned decision *RE 658.312/SC* (which approved a different treatment for female employees), the court also referred to *scientific data* to ground its decision, stating

²⁸ Brazil, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 581.488/RS (Feb. 10, 2020, 02:54 PM) <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>.

²⁹ Brazil, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 581.488/RS (Feb. 10, 2020, 02:54 PM) <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>.

³⁰ Brazil, Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário 658.312/SC (Feb. 10, 2020, 03:46 PM) <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>.

³¹ Brazil, Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário 587.970/SP <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377> (last accessed on 10 February 2020).

that in fact, there is no way to deny that there are differences in the physical capacity of women in relation to men - including scientific surveys – Jurandir Freire Costa. Homens e Mulheres [Men and Women]. In: Ordem Médica e Norma Familiar [Medical Order and Family Norm] 235 (Rio de Janeiro: Graal, 1979); Ana Maria Szapiro. Diferença sexual, igualdade de gênero: ainda um debate contemporâneo [Sexual difference, gender equality: still a contemporary debate]. In: Maria Inácia D'Ávila, Rosa Pedro (Eds.). Tecendo o Desenvolvimento: saberes, gênero, ecologia social [Weaving Development: knowledge, gender, social ecology] 83 (Rio de Janeiro: Mauad: Bapera, 2003); James T. Bennett. The Politics of American Feminism: Gender Conflict in Contemporary Society (University Press of America, 2007).³² [Free translation]

6.2. *Argentinian Constitutional Case Law – Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN)*

The expression “existential minimum” is translated into Spanish as “vital minimum” (*mínimo vital*). Thereby the search term used in both Argentinian and Mexican Constitutional Court official website was *mínimo vital*.

Unlike Brazil, where the judicial claim for the right to the existential minimum keeps growing, in the CSJN case law there was only *one* mention of the expression *mínimo vital* during 14 years of the empirical research carried out.

Actually, the official website of CSJN presents 14 results of decisions which mention the search term “*mínimo vital*”. However, in 13 decisions the words “*mínimo vital*” are part of the expression “*salario mínimo vital*”, that is, the “minimum wage” legally established. As the research project deals with the constitutional issue “existential minimum” and not with the labor issue “minimum wage”, those 13 decisions had to be disregarded. Thus, only 1 decision, which referred to “*mínimo vital*” (and not to “*salario mínimo vital*”), was analyzed. It was related to the demand by the plaintiff for an increased disability pension, so that its amount corresponded to the social assistance benefit, in order to guarantee the vital minimum.

The analysis of this decision showed the sole use of *institutional* arguments with exclusive reference to national and international *statutes*. There was no mention of *precedents* or

³² Brazil, Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário 658.312/SC (Feb. 10, 2020, 03:46 PM) <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>.

doctrine, nor reference to *non-institutional* arguments. Thus, the table related to Argentinian constitutional case law is basically composed of number zero:

Table 3 Argentinian constitutional case law

INSTITUTIONAL ARGUMENTS		
	Number of Arguments	%
Statutes	1	100%
Precedents	0	0%
Doctrine	0	0%
NON-INSTITUTIONAL ARGUMENTS		
General Practical Discourse		
	Number of Arguments	%
Pragmatic Arguments	0	0%
Ethical Arguments	0	0%
Moral Arguments	0	0%
Empirical Discourse		
Concrete Facts	0	0%
Scientific Data	0	0%

This is an example of international *statutes* quoted:

[...] many international instruments signed by our country have enshrined the right of every person to enjoy an adequate standard of living when a livelihood can no longer be provided (American Declaration of the Rights and Duties of Man, Chapter 1, art. XVI; Universal Declaration of Human Rights, art. 25; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 9; Convention on the Rights of Persons with Disabilities, art. 28, paragraph 1, and Convention on the Minimum Social Security

Standard - ILO Convention 102, arts. 36, subsection 1, and 65).³³ [Free translation]

As only one decision was studied in Argentinian case law, it is not possible to carry out an assessment of Argentinian legal reasoning in general. However, it is feasible to conclude that there is a notable difference between Argentinian and Brazilian argumentation in constitutional case law, since no Brazilian decision was based exclusively on statutes. All of them referred to precedents – actually, the number of precedents mentioned was sometimes even greater than the number of statutes. Another distinction between the two constitutional case laws is the reference to non-institutional arguments in almost 80% of Brazilian decisions, in contrast to Argentinian decisions, that did not mention any non-institutional argument.

6.3. Mexican Constitutional Case Law – *Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)*

Countries may be classified, among others, according to geographical and historical-cultural criteria. From the geographical point of view, Mexico is part of North America. According to its historical, social, political, and economic evolution, Mexico belongs to Latin America. As the relevant focus of this article is rather historical-cultural than geographical-natural, Mexico was analyzed here as a Latin American country.

Among the studied countries, Mexico is the one whose constitutional case law *most vaguely* approaches the right to the existential minimum. This right is associated with completely different notions, ranging from the prisoner's right to clothing up to the right of low-income citizens to tax exemption.

The first reference to vital minimum in a decision of the plenary of the SCJN was in 2013. Until 2017, there were 14 decisions that mentioned the right to vital minimum in their reasoning, sometimes more centrally, sometimes more peripherally.³⁴ The results of Mexican constitutional case law analysis are as follows:

³³ Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallo E. 261 XLVIII. RHE, (Feb. 10, 2020, 04:50 PM) <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7261052&cache=1581305402296>.

³⁴ N. Gomes, *Direito subjetivo ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México* [Subjective right to the existential minimum: a comparative analysis between Brazil and Mexico], *Juiz de Fora*, 2016, 78-82

Table 4 Mexican constitutional case law

INSTITUTIONAL ARGUMENTS		
	Number of Arguments	%
Statutes	14	100%
Precedents	14	100%
Doctrine	1	7%
NON-INSTITUTIONAL ARGUMENTS		
General Practical Discourse		
	Number of Arguments	%
Pragmatic Arguments	2	14%
Ethical Arguments	0	0%
Moral Arguments	1	7%
Empirical Discourse		
Concrete Facts	2	14%
Scientific Data	0	0%

Although both Brazilian and Mexican constitutional case law refer to the *institutional* arguments *statutes* and *precedents* in 100% of the decisions, doctrine is much more used by the Brazilian Constitutional Court (87%) (Table 1) than by the Mexican one (7%).

In relation to *non-institutional* arguments, the difference between Mexican and Brazilian legal reasoning is clear. The Mexican Constitutional Court hardly ever uses non-institutional arguments, while in Brazilian constitutional case law there were non-institutional arguments in almost 80% of the decisions (Table 2).

The most mentioned statutes in Mexican case law were the Mexican Constitution, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the General Law of the Professional Teaching Service. The most quoted precedent was the thesis supported by the Second Chamber, p. 1639, Volume XLVI, corresponding to the Fifth Period of the Federal Judicial Weekly.

All the following selected examples of arguments in Mexican case law were used in the same decision, which is a long decision grounded on different kinds of arguments. It is the decision of the *unconstitutionality lawsuit 24/2012*, which declared unconstitutional a statute that created a set of taxes for the maintenance of convicted persons. Taxes would

be calculated on the amount received by prisoners as payment for work done during the period of imprisonment.

Doctrine is quoted in this argument:

Given that the human condition is under discussion, human dignity is the foundation of any legal and social construction, this is why in the constitutional interpretation the constant and key parameter is the justification and solution of the legal conflict, taking into account, all the time, the principle of human dignity, as the basis that builds the entity of the legal system and guides its formation, understanding and execution. (Constitutional Court of Colombia, sentences C-521 of 1998, C-239 of 1997 and T-309 of 1995. César Augusto, Londoño Ayala Bloque de Constitucionalidad [Constitutionality Block], Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2010, p. 90).³⁵ [Free translation] [The bibliographic reference was written in the footnote.]

As an example of a *pragmatic argument* based on a means-end reasoning, the following might be quoted:

[...] to reinsert is understood as to reintegrate into society someone who was criminally convicted or marginalized, then, in the case, reinserting addresses the idea of relocating the prisoner in civil society, an issue that, as recognized by the Constitution, it is not possible without prior instruction, creative or revitalizing skills and work habits and health care, education and sports.³⁶ [Free translation]

As for the *moral* argument based on the ideal of universality:

³⁵ Mexico, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ação de inconstitucionalidade 24/2012 (Feb. 10, 2020, 03:28 PM) <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136457>.

³⁶ Mexico, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ação de inconstitucionalidade 24/2012 (Feb. 10, 2020, 03:28 PM) <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136457>.

[...] the rights of persons deprived of liberty remain and are limited only with respect to the penalty they purge. The responsible authorities must take into account that persons deprived of liberty have the right to enjoy all fundamental rights, as well as the fulfillment of their obligations, with the exception of those rights that must be limited by the content of the decision, the significance of the punishment and the prison law.³⁷ [Free translation]

The example of an argument that described an empirical situation and its *concrete facts* is as follows:

[The prison industry in Mexican is] a mechanism that seeks to consolidate various productive and industrial activities, with the participation of private companies, in federal prisons, in order to generate employment opportunities for imprisoned people, to help with training for work and to develop their labor activities, so that they acquire means to compensate for any damage caused, contribute to the support of their families and create a savings fund.³⁸ [Free translation]

6.4. *German Constitutional Case Law – Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*

The research of German case law was limited to the decisions available in English on the official website of the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*). In the period of time surveyed, there were 8 decisions translated into English which referred to the search term *existential minimum*.³⁹ However, although the search was made by the expression "existential minimum" in quotes, the official site presented 5 decisions that referred to the words "existential" and "minimum" separately. These decisions were

³⁷ Mexico, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ação de inconstitucionalidade 24/2012 (Feb. 10, 2020, 03:28 PM) <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136457>.

³⁸ Mexico, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ação de inconstitucionalidade 24/2012, (Feb. 10, 2020, 03:28 PM) <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136457>.

³⁹ The first literal reference to the term *Existenzminimum* ("existential minimum" in German) by the BVerfG was in 1991 (BVerfGE 84, 133-160). Since 1991 until 2017, there were 10 decisions of the BVerfG that mentioned the term *Existenzminimum*.

disregarded, since they did not address the research issue “existential minimum”.⁴⁰ Therefore, only 3 decisions (in English) of BVerfG regarded the search expression “existential minimum” indeed – BVerfGE 125, 175; BVerfGE 132, 134; and BVerfGE 137, 34. Their analysis presents the following results:

Table 5 German constitutional case law

INSTITUTIONAL ARGUMENTS		
	Number of Arguments	%
Statutes	3	100%
Precedents	3	100%
Doctrine	1	33%
NON-INSTITUTIONAL ARGUMENTS		
General Practical Discourse		
	Number of Arguments	%
Pragmatic Arguments	0	0%
Ethical Arguments	0	0%
Moral Arguments	0	0%
Empirical Discourse		
Concrete Facts	3	100%
Scientific Data	3	100%

The use of *institutional* arguments in the Brazilian and German legal reasoning of constitutional case law is similar: both of them refer to *statutes* and *precedents* in 100% of the decisions, but *doctrine* is much more used in Brazil (87% of the decisions) (Table 1) than in Germany (33%).

In relation to *non-institutional* arguments, there are clear differences between Brazil and Germany. While in Brazilian legal reasoning *general practical* arguments (pragmatic, ethical and moral ones) were used respectively 43%, 30% and 22% of the time (Table 2), in German constitutional case law there is no reference (0%) to general practical arguments.

⁴⁰ The disregarded decisions were: BVerfGE 121, 135; BVerfGE 123, 186; BVerfGE 129, 124; BVerfGE 134, 242; BVerfGE 144, 20-367.

In contrast, *non-institutional* arguments related to *empirical* discourse (concrete facts and scientific data) are much more used in Germany (both kinds of empirical arguments were mentioned in 100% of the decisions) than in Brazil (concrete facts in 35% of the decisions and scientific data in 22% of them) (Table 2).

In German case law, the most quoted *statutes* were the Basic Law and the Code of Social Law. As for the *precedents*, the German paradigmatic decision on the right to the existential minimum is BVerfGE 125, 175, known as *Hartz IV* decision, made on February 9th, 2010. This decision deals with the constitutional compatibility with the Basic Law of a statute that establishes a standard *benefit* to guarantee the *livelihood* of adults and children up to the age of 14 years. BVerfG decided that, since it is not possible to establish that the standard benefit amount fixed by the statute is *evidently insufficient*, the legislature is not directly obliged to set higher benefits. It must, rather, implement a *procedure* to realistically ascertain the amount of the benefit according to the needs required to guarantee an existential minimum in line with human dignity. The decision stated that because of legislature discretion, BVerfG was not empowered to determine an specific amount for the benefit on its own, on the basis of its own evaluations. Thus, the court established a deadline for the legislature to assess all necessary expenditure to assure the existential minimum in a transparent procedure with plausible methods of calculating a monthly benefit. Meanwhile, unconstitutional provisions remained applicable until new provisions were adopted by the legislature.

Hartz IV decision is a very dense and long decision. As an example of *doctrine*, there is following argument in *Hartz IV* decision: “The age group allocation of the OECD scale is only used as a household income to individual household members and to carry out poverty calculations in an international comparison (see Strengmann-Kuhn, *Zeitschrift für Sozialreform* – ZSR 439, 441 (2006)“.⁴¹

Empirical arguments referred to *concrete facts* and to *scientific data* were mentioned in 100% of the German decisions (Table 5). As an example of reference to *concrete facts* describing a factual situation, the following argument may be quoted. It was used in the decision BVerfGE 132, 134, which is about the compability with the Basic Law of the financial benefit provided for in the Asylum Seekers Benefits Act to guarantee one’s existence:

⁴¹ Germany, Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 125, 175 (Feb. 10, 2020, 02:47 PM) https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html.

The burden on the public federal and state budgets caused by benefits of the Asylum Seekers Benefits Act has decreased considerably since the law was introduced in 1993. In 2009, 121,918 persons drew such benefits. [...] By contrast, there were almost 500,000 beneficiaries in the early years of the Asylum Seekers Benefits Act. Accordingly, expenditure in this field has dropped from 5.6 billion Deutsche Mark to 0.77 billion Euros.⁴²

As for an empirical argument expressing *scientific data*, there is the following example used in Hartz IV decision:

The new shares of 60 per cent and 80 per cent of the basic standard rate, respectively, are orientated towards a scientific study carried out by the Federal Statistical Office (Ausgaben für Kinder in Deutschland – Berechnungen auf der Grundlage der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998 1080 (Federal Statistical Office, Wirtschaft und Statistik, 2002), according to which children aged 14 and older cause roughly one-third higher costs than younger children.⁴³

VII. CONCLUDING REMARKS

The central objective of this article was to *scientifically* verify the suitability of the criticism of *judicial activism* frequently attributed to Brazilian judicial power in the national legal debate. In order to do so, concepts were developed and criteria were sought. Thus, *judicial activism* was conceived as the undue interference of judicial power in the competence of the other public powers and *judicial review* was understood as the judicial decision made within the scope of the judiciary competence, in compliance with the system of checks and balances.

⁴² Germany, Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 132, 134 (Feb. 10, 2020, 03:31 PM) https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/07/ls20120718_1bvl001010en.html.

⁴³ Germany, Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 125, 175 (Feb. 10, 2020, 02:47 PM) https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html.

The institutional acts of the judiciary are judicial decisions. The reasoning given by the judiciary to its institutional acts was analyzed, in order to verify if this public power could justify its decisions as acts within its competence or if, on the contrary, there was undue judicial interference in the competence of the other public branches, which characterizes judicial activism.

An *argumentative taxonomy* was researched in the discourse theory by Jürgen Habermas and in the theory of legal argumentation by Robert Alexy. According to this taxonomy, discourse is divided into *practical* and *empirical*. Both consist of *non-institutional* arguments, which are either pragmatic, ethical or moral arguments (general practical discourse), or refer to concrete facts and/or to scientific data (empirical discourse). *Legal discourse* is a *special case* of general practical discourse, committed to *institutional* arguments (statutes, precedents, ruling doctrine), and is the proper discourse of judicial power.

Therefore, the greater the number (quantity) and relevance (quality) of *institutional arguments* in the judicial decision, the greater the chance that judicial power is acting *within* its competence and the lower the probability of judicial activism. On the other hand, the greater the number and relevance of *non-institutional arguments* in the *ratio decidendi* of the judicial decision, the greater the chance that judicial power is acting *beyond* its competence, since legal discourse must be based on the arguments to which it is committed. Hence, judicial activism is not a phenomenon identified according to a binary code, but presents a *gradual structure*, measurable by *degrees* (light, moderate, serious).

Brazilian constitutional case law was comparatively analyzed with the constitutional case law from Argentina, Mexico and Germany. Similarly to Mexican and German constitutional case law, Brazilian constitutional case law is completely (100%) based on the *institutional arguments* *statutes* and *precedents* – Argentinian constitutional case law is grounded exclusively on statutes.

However, the difference in the use of *non-institutional arguments* by Brazilian case law is impressive in comparison with the case law of all the other Constitutional Courts analyzed. *All the five* kinds of non-institutional arguments were used in Brazilian constitutional case law. Concerning general practical arguments, pragmatic arguments were the most used (43%), followed by ethical ones (30%) and moral ones (22%). Regarding empirical arguments, there was reference to concrete facts in 35% of the decisions and to scientific data in 22% of them. Meanwhile, no kind of non-institutional arguments was mentioned in Argentinian constitutional case law, and only non-institutional empirical arguments were used in German constitutional case law (100% of the decisions mentioned concrete

facts and scientific data). In Mexican constitutional case law there was reference to two kinds of non-institutional general practical arguments (pragmatic ones in 14% of the decisions and moral ones in 7% of them) and just to one kind of non-institutional empirical argument (the ones related to concrete facts in 14% of the time).

Since the use of institutional arguments was extremely high by the Brazilian judiciary – as well as by the Mexican and German ones – and the greater the use of these arguments in legal reasoning, the more weight is to be assigned to the assessment of judicial decisions as regular *judicial review*, there are considerable chances that the performance of Brazilian judicial power is *within the scope of judicial competence* in compliance with the system of checks and balances.

However, legal discourse does not consist *exclusively* of institutional arguments. The use of institutional arguments is a *necessary* aspect to assess judicial performance, but it is not *sufficient*. In other words, although institutional arguments must necessarily be mentioned in legal discourse, non-institutional arguments might also compose this discourse. According to the *integration thesis* by Alexy, institutional arguments have *precedence* over non institutional ones. In short, judicial decisions must be based on institutional arguments, especially their *ratio decidendi*, but non-institutional arguments might integrate legal discourse.

Considering the comparatively high use of non-institutional arguments in the legal reasoning of the Brazilian judicial decisions, the chance of judicial activism on the part of Brazilian judicial power could be understood as greater than that of the judicial power of the other countries studied. However, the importance of non-institutional arguments must be assessed not only *quantitatively*, but also *qualitatively*. Thereby, if many non-institutional arguments are mentioned, but mostly as *obiter dictum*, the weight to be assigned to them is light or, at most, moderate.

In the Brazilian constitutional case law analyzed, non-institutional arguments were used basically to strengthen the institutional arguments mentioned in the *ratio decidendi* of judicial decisions. This means that in Brazilian case law non-institutional arguments were relevant, but *not decisive* in legal reasoning of the judicial decisions studied. The less important the non-institutional arguments, the more weight is to be assigned to judicial performance as within its competence. Thus, the higher the probability of regular judicial review.

Therefore, considering the criteria adopted in this research and that judicial activism is not a binary phenomenon, but presents a gradual structure, *there are not enough reasons that characterize Brazilian judicial power as seriously activist*. Compared to Argentinian, Mexican and German judicial power, the *Brazilian judiciary could be considered to practice activism in light, or at most, in moderate degree*.

A MATTER OF PURE CONSCIENCE? FRANZ WIEACKER AND HIS “CONCEPTUAL CHANGE”¹

*Tomasz Giaro*²

TABLE OF CONTENT

I. A HIGH-RISK BIOGRAPHY; II. LEGAL CONSCIOUSNESS; III. LEGAL CONSCIENCE; IV. RACISM: THE TESTIMONY OF WIEACKER’S WRITINGS; V. NAZISM: THE TESTIMONY OF WIEACKER’S CONDUCT; VI. DEFENCE STRATEGIES. *PERSILSCHEINE* AS HISTORICAL SOURCES?; VII. ALWAYS A SCHOLAR, ALWAYS THE SAME SCHOLAR?; VIII. REINTEGRATION OF THE NAZIS INTO THE EUROPEAN LEGAL TRADITION?; IX. WERE THE NAZIS PROGENITORS OF CURRENT LEGAL HISTORY?

Based on a recent biography of Franz Wieacker (1908-1994) two central questions are examined. Is it allowed to analyze a young, but already prominent German law professor of the Nazi era as a pure scholar whose identity remained unchanged from the times of Weimar to the Federal Republic of Germany? Is it plausible to treat the Nazis as progenitors of current European legal history, and in particular as founding fathers of European legal tradition?

I. A HIGH-RISK BIOGRAPHY

Are private letters, particularly letters politically exonerating their author or addressee, reliable? May we consider the so-called *Persilscheine* of the German denazification procedure following WWII a trustworthy historical source? Can a work purporting to be a “history of the ideas of German legal historian Franz Wieacker” (V), which focuses on the personal development of these ideas in Wieacker’s own thought, be seriously written whilst omitting the sole publication devoted to his scholarly activity and achievements during the Nazi era?³ If you would answer all these questions in the affirmative, you will no doubt consider the biography of Wieacker published recently by Dr. Ville Erkkilä a well-made piece of legal historiography.

Wieacker, whom I remember as an urbane elderly gentleman, and whose pupils and pupils’ pupils are today still active in the academy, is an extremely unrewarding object of historical study. On occasion, we encounter his name in connection with awkward propositions; for

¹ Ville Erkkilä, *The Conceptual Change of Conscience. Franz Wieacker and German Legal Historiography 1933–1968*, Tübingen 2019, p. XIII & 314. Numbers in brackets refer to pages of the book.

² University of Warsaw

³ R. Kohlhepp, *Franz Wieacker und die NS-Zeit*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung 2005, vol. 122, pp. 203-223.

instance, that he made his scholarly career “under the Nazis, but not with the Nazis”,⁴ that his characterization of the reception of Roman law in Germany as ‘scientification’ (*Vermwissenschaftlichung*) “was a courageous act, since it could have brought him ... dangerous censure from fundamentalist legal scholars backed by the SS” (125-126),⁵ and that the path of compromise—pursued by Wieacker in the Nazi era—seems compromising, but only “from today’s point of view” (*aus heutiger Sicht*).⁶

It was in the framework of the 1933 Nazi “revolution” that young legal scholars like Wieacker, his mentor Carl Schmitt, and Wieacker’s comrades Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff, Erik Wolf, Friedrich Schaffstein, Karl Michaelis, Georg Dahm and some others actively adopted “revolutionary” legal language aimed at the “legal renewal” (*Rechtserneuerung*) of German society and the German state (84). Dr. Erkkilä correctly observes that “Wieacker participated in ‘legal renewal’ with a notable contribution, and published regularly in journals whose ideological stance was unmistakably National Socialist” (86). Phrases recommending something like a “Durchordnung des deutschen Gesamttraums nach einheitlichen raumeigenen Gesichtspunkten”⁷ flowed easily from his pen.

However, in retrospect Wieacker presents himself rather as a victim of his own falsely invested belief in the seriousness of the Nazi renewal.⁸ So the reader is entitled to assume the existence of two Wieackers. The first being that depicted by his benevolent Jewish teacher Fritz Pringsheim in an exonerating letter drafted in 1947 at Oxford:⁹ unpractical, having only scholarly interests, and averse to party politics, and the other: a socially engaged protagonist of a racial ideology, apparently so committed that an orthodox adherent of that ideology, Hans Kreller, singled him out as one of the most energetic

⁴ J.G. Wolf, *Die Gedenkrede*, (in:) In memoriam Franz Wieacker. Akademische Gedenkfeier am 19. November 1994, Göttingen 1995, p. 23.

⁵ The quotation is prefaced by “Liebs asserts”, but I do not see anything similar in D. Liebs, *Franz Wieacker 1908 bis 1994 – Leben und Werk*, (in:) Okko Behrends, Eva Schumann (eds.), Franz Wieacker. Historiker des modernen Privatrechts, Göttingen 2010, p. 38.

⁶ O. Behrends, *Franz Wieacker 1908-1994*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung 1995, vol. 112, p. XXV.

⁷ F. Wieacker, *Vielfalt und Einheit der deutschen Bodenrechtswissenschaft der Gegenwart*, Stuttgart-Berlin 1942, p. 9.

⁸ F. Wieacker, “*Wandlungen der Eigentumsverfassung*” revisited, Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 1976-77, vol. V-VI, p. 842.

⁹ Cited by O. Behrends, *Franz Wieacker 1908-1994*, pp. XXVI-XXVII.

(*tatkräftig*) workers at the building site of the German legal community (*Neubau des deutschen Gemeinrechts*).¹⁰

As a historian of ideas, Dr. Erkkilä attaches much more importance to mere concepts than to brute social facts, which appears, for the reader-jurist, not as a particular shortcoming, but as relatively normal. The central concepts of the book are *Rechtsbewusstsein* or legal consciousness (65-176) and *Rechtsgewissen* or legal conscience (177-279). Both are frequently, though not always (234), treated by Wieacker as synonyms (283). Dr. Erkkilä characterizes Wieacker as a legal scholar whose commitment to the concept of legal consciousness was intense and continuous, and remained so in his post-war writings (73).

II. LEGAL CONSCIOUSNESS

Despite Wieacker's embrace of legal consciousness, the concept was not an invention of his, but of the great Savigny (67-69, 71, 179). However, it was also known to the 19th century Russian legal philosophers Kistiakovskij, Novgorodcev, Il'in and Petrażycki, who all tried to fill the gap between a retrograde legal order of the Tsar's Empire and its modern consciousness.¹¹ Both legal consciousness and legal conscience, qualified as "revolutionary", were subsequently introduced in the Soviet *Decree on Courts Nr. 1* of 1917. Thus, while the old law had been abolished *en bloc*, the war communism of 1918-1921 at least found some measure of expression in "legal consciousness" (*pravovoje soznanie*), abridged by the Bolsheviks to *pravosoznanie*.

Similarly to pre-revolutionary and revolutionary Russia, both ignored by Dr. Erkkilä, in the Germany of the 1930s legal positivism was harshly criticized and even condemned as immoral (69). Thus, the importance of legal consciousness in Wieacker's oeuvre is explained by the fact that he was always a strong anti-positivist. "The point of departure for 'new legal science,' and accordingly for the new *Studienordnung* (study program) was anti-positivism" (86). Already in a paper on the all-round renewal of German legal science, published in 1937, Wieacker pleaded for judicial anti-positivism based on the Nazi

¹⁰ H. Kreller, *Weitere Büchereingänge*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung 1944, vol. 64, p. 463.

¹¹ R.S. Wortman, *The Development of a Russian Legal Consciousness*, Chicago, London 1976, pp. 225-234; A. Sproede, „*Rechtsbewußtsein*“ (*pravosoznanie*) als Argument und Problem russischer Theorie und Philosophie des Rechts, *Rechtstheorie* 35 (2004), Sonderheft Russland/Osteuropa, pp. 442-476; A. Walicki, *Legal Philosophies of Russian Liberalism*, Oxford-New York 1967, pp. 213-290.

worldview.¹² However, a question must be allowed: is the rule of law without a grain of positivism imaginable?

In the realm of legal history, Wieacker applied the concept of legal consciousness as a tool to describe the reception of Roman law in Germany which “separated the German legal consciousness and the administration of the state” (128) or, to put it—following Dr. Erkkilä—more bluntly, “the people and the state” (125). As a matter of fact, Wieacker embraced initially, together with the Nazis, the old Germanist topos on the reception of Roman law as a “national misfortune” (*Unglück*) of the Germans. As early as 1940 he characterizes it as a “real calamity” (*echtes Verhängnis*)¹³ and in 1941 laments: “Who could deny that the reception of alien law in Germany would become a calamity?”¹⁴

The concept of legal consciousness continued to be central for Wieacker during the post-war years. In the obituary for Andreas Bertalan Schwarz, a renowned civilian and Roman lawyer of Jewish origin, Wieacker called in 1954 for a renewed European *ius commune* as a protective means against any positivism, whether of “particularistic-national” or “totalitarian” origin.¹⁵ And in his famous 1976 reevaluation of his early doctrine of property,¹⁶ Wieacker traced the source of his juvenile illusions to an anti-positivist faith that the Nazi regime would really aim at a balanced restructuring of the German societal constitution.¹⁷

III. LEGAL CONSCIENCE

Within a common legal consciousness of the people (*Rechtsbewusstsein*), bound to time, place, and historically changing cultural principles, Dr. Erkkilä distinguishes (178) the sub-concepts of “social status” (*Stand*) and “learnedness” (*Bildung*). On the other hand, legal conscience (*Rechtsgewissen*) is an atemporal and non-spatial mental tool for use by juristic

¹² F. Wieacker, *Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*, Deutsche Rechtswissenschaft 1937, vol. 2, p. 25.

¹³ F. Wieacker, *Einflüsse des Humanismus auf die Rezeption*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1940, vol. 100, p. 423; cf. M. Avenarius, *Verwissenschaftlichung als “sinnhafter” Kern der Rezeption*, (in:) O. Behrends, E. Schumann (eds.), Franz Wieacker. Historiker des modernen Privatrechts, Göttingen 2010, pp. 124-136.

¹⁴ F. Wieacker, review *Max Kaser, Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1941, vol. 101, p. 171.

¹⁵ F. Wieacker, *In memoriam Andreas Bertalan Schwarz*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung 1954, vol. 71, p. 606.

¹⁶ F. Wieacker, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, Hamburg 1935.

¹⁷ F. Wieacker, “*Wandlungen der Eigentumsverfassung*” revisited, p. 842.

experts (177). Legal conscience was grounded in ideas of “scholarly togetherness” or “communality” (*Kameradschaft*) and creative legal wisdom (*Schöpfung*, 178). However, legal conscience – as a form of specifically juristic wisdom – was situated within the legal tradition (183-184), even if it comprised equally the phenomenon of creative legal thinking (205).

Dr. Erkkilä considers Wieacker’s construction of the legal conscience of late republican Roman lawyers as a “point of reference” or “historical ideal” for subsequent legal cultures (226, 249). We know, however, that the Late Republic has produced very few works of juristic literature, so that Wieacker himself was forced to qualify his construction of the legal conscience of this period with the help of the somewhat paradoxical concept of the “pre-literary classic” (*vorliterarische Klassik*).¹⁸ This oxymoron was, on the one hand, rightly refused by Wolfgang Kunkel who, in reference to the notion of ‘classic’, required “something which I can see”,¹⁹ and, on the other hand, finally abandoned by Wieacker himself.²⁰

The concept of the ‘classic’ receives some clarification from the antagonism between vulgarism and classicism, both defined by Wieacker in 1954 as embodying “timeless style phenomena of high juristic civilizations” (*Hochkulturen*).²¹ However, in a more substantial sense, vulgarism also represents a “collapsed legal order” (162) or even the “destruction of a legal system” (172). Neither Wieacker nor Dr. Erkkilä ever queried the utility of the concept “classical law”, which downgrades all subsequent periods to postclassical or vulgar and all earlier ones to pre-classical. That’s just too bad according to a fatalistic Wieacker, as the concept of classical jurisprudence “is simply given to us”.²²

However, as we positively know, the legal classicism of the Late Roman Republic was not only “pre-literary”; it also lacked any relevant mechanism for the oral transmission of legal doctrines of that time: Homers of Roman jurisprudence are unknown. Nevertheless, phantasmal theoretic problems concerning the identification of phenomena usually considered classical, albeit already existing in times preceding the emergence of a classical literature, did not really perturb the German scholarly community in the 1950s when

¹⁸ F. Wieacker, *Vom römischen Recht. Zehn Versuche*, Stuttgart 1961, pp. 165, 173, 175.

¹⁹ W. Kunkel, *rec. Wieacker, Über das Klassische*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung 1952, vol. 69, p. 467.

²⁰ F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I, München 1988, p. 521; on this controversy cf. T. Giaro, *Max Kaser 1906-1997*, Rechtshistorisches Journal 1997, vol. 16, p. 284.

²¹ F. Wieacker, *Vom römischen Recht. Zehn Versuche*, p. 226.

²² F. Wieacker, *Vom römischen Recht. Zehn Versuche*, p. 164; cf. T. Giaro, *Max Kaser 1906-1997*, pp. 282-283.

Wieacker’s “classic” paper was first published. Of much greater relevance in the German legal discourse from the 1930s onward was the problem of the reception of Roman law. At that time, Wieacker initially adopted the view that “Germany was possessed by a hostile national mentality towards any influence of European (Roman) legal culture”; this was a mentality based on “an illusion of the foreign and arbitrary essence of the European legal tradition” (146). As we have already noted, Wieacker consequently qualified the reception of Roman law opportunistically as a “national misfortune” and a “real calamity” for the Germans. Only beginning with his writings of 1944, when the brochure “*Das römische Recht und das deutsche Rechtsbewusstsein*” was published, did the issue of the reception of Roman law in Germany come to be more neutrally characterized as a particular case (*Sonderfall*) of the relationship between European nations and the law of late Antiquity.²³

IV. RACISM: THE TESTIMONY OF WIEACKER’S WRITINGS

After the take-over of 1933, the empirical evidence for the Nazis’ anti-Semitism accumulated at an ever-accelerating rate (79). Nonetheless, Dr. Erkkilä sees no real connection between the anti-Semitic purges at the German universities during the 1930s and the careers of young legal scholars such as Wieacker. Dr. Erkkilä restricts himself to the conclusion that “the dismissal of Jewish professors left many chairs in different universities open, and competition for these vacancies was fierce”. In this situation, the poor young legal scholars of the Aryan race— concludes Dr. Erkkilä somewhat hastily— “had no choice but to toe the Third Reich line” (84).

Connoisseurs of Wieacker’s scholarly oeuvre would no doubt be surprised by Dr. Erkkilä’s assertions that Wieacker did not participate “in the racist rhetoric of the Third Reich”, and also that his private letters contain “not a single racist remark, nor any signs of willingness to propagate fascist ideology” (87; sic! albeit that the epithet “fascist” suits better the totalitarianism of Italy).²⁴ Well, so we know that he abstained from racist remarks, but—it should be added—he also abstained from anti-racist remarks. However, let us leave the letters aside and examine Wieacker’s public utterances contained in his scholarly works.

²³ F. Wieacker, *Das römische Recht und das deutsche Rechtsbewusstsein*, Leipzig 1944, p. 8.

²⁴ F. Wieacker, review of Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Gnomon 1949, vol. 21, p. 191.

Not later than 1937, in the second issue of the new legal journal “Deutsches Recht” (the principal organ of the National Socialist Association of German Legal Professionals directed by Hans Frank), Wieacker published a paper dedicated to the historical origins of the Nazi marital reform. Here he approved of the infamous Nazi Law for the Protection of German Blood (*Blutschutzgesetz*) of 15 September 1935 and the equally ill-famed Marital Health Law (*Ehegesundheitsgesetz*) of 18 October 1935. In the same context he endorsed “*connubium* [using the Germanized form *Konnubium*] with the old, racially more or less related, settlement- and fate-neighbors of the German people”.²⁵

Moreover, also in 1937, Wieacker surveyed—in the theoretical law journal of Nazi Germany, “Deutsche Rechtswissenschaft”—the overall condition of legal renewal in the whole sector of civil law. Published as a quarterly of the *Akademie für Deutsches Recht*, and directed by the stalwart Nazi Karl August Eckhardt, the journal was considered the mouthpiece of the *Kieler Schule*. Here Wieacker welcomed wholeheartedly once again the return of the ancient institution of limited marriage capacity (*connubium*).²⁶ As far as can be discerned from Dr. Erkkilä’s extensive biography, both citations remain unknown to the author, or perhaps known but – alas! – judged irrelevant.²⁷

Probably for one of the above reasons both papers are absent from the scholarly bibliography of Franz Wieacker’s writings compiled by Dr. Erkkilä and found at the end of his biographical work (305-306). Interestingly enough, Wieacker probes the legal history of ancient Rome in a search for ennobling historical antecedents (*geschichtliche Ausgangspunkte*) of the Nazi marital reform instead of identifying it directly by its proper name: barbarism; a term which after the war he does not hesitate to use in reference to the Americans (155) or Bolshevists (189). Or he could simply have kept silent, which some German jurists succeeded in doing, including Leo Raape, Franz Böhm, Ludwig Raiser, Helmut Coing, Ernst von Caemmerer, and Werner Flume.

Apart from the enthusiastic welcome given by Wieacker to the resurgence of the *connubium* in its modern anti-Semitic form, he stressed the importance of considerations relating to worldview and race (*weltanschaulich-rasserechtlich*) and expressed his concern about the biologically correct constitution of the German racial body (*Volkskörper*).²⁸ Moreover, he

²⁵ F. Wieacker, *Geschichtliche Ausgangspunkte der Eheform*, *Deutsches Recht* 1937, vol. 7, pp. 181-182.

²⁶ F. Wieacker, *Der Stand der Rechtserneuerung*, p. 18.

²⁷ Cf. by contrast O. Behrends, *Franz Wieacker 1908-1994*, pp. XXXII-XXXIII; R. Kohlhepp, *Franz Wieacker und die NS-Zeit*, pp. 214-215, 221-222.

²⁸ F. Wieacker, *Der Stand der Rechtserneuerung*, p. 18.

emphasized that following the *völkische Revolution* and a new *völkische* moral order,²⁹ the content of German family law was now predetermined by the ideological foundation of blood heritage and race (*Bluterbe und Rasse*).³⁰ The “biologically inferior” (*Minderwertig*) young individual must be segregated, since he is “not a utilizable member of the whole” (*ein nutzbares Glied des Ganzen*).³¹

Furthermore, racial accents are also present in Wieacker’s writings focused on Roman legal history. In this vein, he placed hope in a narrow cooperation reserved for “the new Europe” of the post-war time, cooperation which was expected to take place between nations related in blood and spirit (*nach Blut und Geist verwandt*).³² Moreover, with a view to his historical subject, Wieacker also mentioned “alien blood” (*fremdes Blut*) and habits that existentially subverted the specifically Roman orientation.³³ Finally, he referred to the so-called great ancient catastrophe affecting the Roman Empire in the 3rd century, which deprived Roman law of its proper national (*eigenvölkisch*) reality.³⁴

V. NAZISM: THE TESTIMONY OF WIEACKER’S CONDUCT

These anti-Semitic Nazi clichés are perhaps consummated by a statement given by Wieacker during a public conference at the University of Leipzig on 20 November 1943. At that time, Wieacker tentatively aggregated the (West)Slavic people within the European population—which can be contrasted with the approach of his antagonist Koschaker who relegated them to “the periphery or even outside Europe”³⁵—but situated them at a decidedly “simpler stage of development” (*schlichtere Entwicklungsstufe*). Not unexpectedly, this served to condemn them to receive condescending “instruction” (*Unterweisung*) from

²⁹ About the concept of *völkisch* cf. J. Schröder, *Rechtswissenschaft in Diktaturen: die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR*, München 2016, pp. 43-45.

³⁰ F. Wieacker, *Geschichtliche Ausgangspunkte*, p. 178; other quotations in V. Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers “Privatrechtsgeschichte der Neuzeit” und die deutsche Rechtswissenschaft*, Hamburg 2014, p. 462.

³¹ F. Wieacker, *Zum gegenwärtigen Stand des Jugendhilferechts*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1939, vol. 58, pp. 66-67.

³² F. Wieacker, *Der Standort der römischen Rechtsgeschichte in der deutschen Gegenwart*, *Deutsches Recht* 1942, vol. 12, pp. 54-55; cf. R. Kohlhepp, *Franz Wieacker und die NS-Zeit*, p. 206.

³³ F. Wieacker, *Vom römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung*, Leipzig 1944, pp. 162-163.

³⁴ F. Wieacker, *Das römische Recht und das deutsche Rechtsbewußtsein*, Leipzig 1944, pp. 8-9.

³⁵ P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4th ed., München, Berlin 1966, pp. 146, 325.

a mature people which in fact happened during the German colonization of Eastern Europe (*Ostkolonisation*).³⁶

During WWII Wieacker had a personal encounter with the aforementioned people. “His scholarly work was interrupted when Germany invaded Poland ...” and—Dr. Erkkilä recounts—“Wieacker was drafted” (99). He served from 1 September 1939 to the end of the month.³⁷ Oddly, Wieacker characterizes himself as a victim when referring in a letter to the German attack against Poland: “the progression of the war can put an end to my scientific work for an indefinite period... In practice the result would be that the editors cannot expect the delivery of my manuscript for two and a half years...” (100).

What a horrific prospect for the scholarly reading public of Germany! And what about Poland? In Poland some 100,000 civilians were killed by German armed forces during the 1939 September campaign, characterized by the indiscriminate and often deliberate targeting of civilian populations and by shocking barbarity, foretelling the German genocidal ambitions in Eastern Europe.³⁸ But let us return to inner-German problems during the years 1933-1945 and assume for the time being that despite living in a notoriously racial state,³⁹ Wieacker—as eagerly attested by Dr. Erkkilä—avoided taking an active part in its “racist rhetoric” (87).

However, even if merely as a man living through these times, Wieacker assumed at least the passive part of a witness to this spectacle of racist rhetoric organized by the Nazis. So we are entitled to enquire into his attitude towards the racist policy and practice so pervasive in his personal and professional surroundings.⁴⁰ Did he not notice the Aryanising of the law faculties at German universities, of editorial boards in legal journals, of courts, offices and corporations? Did he not complete the form for his personal Aryan certificate (*Ariernachweis*)? And during the *Reichskristallnacht*, did he not hear the glass breaking?

Dr. Erkkilä, whose indifference towards the real life problems of the period seems at times almost impressive, insists that according to Wieacker “the ‘racial element’ was irrelevant

³⁶ F. Wieacker, *Das römische Recht*, p. 37; the post-war editions do not contain this fragment (Wieacker, *Gründer und Bewahrer*, Göttingen 1959, pp. 9-43).

³⁷ D. Liebs, *Franz Wieacker 1908 bis 1994*, p. 28.

³⁸ J. Böhler, *Auftakt zum Vernichtungskrieg: Die Wehrmacht in Polen 1939*, 2nd. ed., Frankfurt a.M. 2006, pp. 241-247; T. Snyder, *Bloodlands: Europe between Hitler and Stalin*, New York 2010, pp. 119-123; R. Moorhouse, *First to Fight. The Polish War 1939*, Vintage 2019, p. 263.

³⁹ M. Burleigh, W. Wippermann, *The Racial State: Germany 1933-1945*, Cambridge 1991, passim; D.T. Goldberg, *The Racial State*, Wiley-Blackwell 2001, passim.

⁴⁰ D. Simon, *Franz Wieacker 5. August 1908-17. Februar 1994*, *Rechtshistorisches Journal* 1994, vol. 13, p. 9.

to science” (98) or, what’s more, even “incomprehensible” in the scientific context (284). In fact, Wieacker is depicted by Dr. Erkkilä as concerned exclusively with *Bildung* and *Stand* (54-59, 99), which means respectively “legal education” and “the legal estate” in the sense of the “guild of jurists” (130, 257). This may explain why an individual permanently occupied with such abstract topics was defined by the German security organs as politically ‘reliable’ (99).

And what about the German legal community of the Nazi-era? Did its members consider Wieacker as one of them? Hans Kreller, himself a Nazi ‘no ifs, no buts,’ still defines Wieacker as late as 1944 as one of the most energetic (*tatkräftig*) builders of the new German community law (*Neubau des deutschen Gemeinrechts*).⁴¹ Another committed Nazi, Heinrich Lange, counted Wieacker already in 1941 among the leading figures of the *Kieler Schule*.⁴² During the denazification procedure, Wolfgang Kunkel stressed that Wieacker “at least externally joined the row of authors which were labelled as national socialist.”⁴³

It is a fact, corroborated by Dr. Erkkilä, that Wieacker enjoyed a “firm position in the intellectual context of the *Kieler Schule*” (122, 91-92), albeit that a German paper devoted to the *Kieler Schule* and published in 1992, when Wieacker was still alive, does not mention him at all.⁴⁴ Wieacker participated also in the so-called *Aktion Ritterbusch* (96-97), officially known as the “War effort of the German humanities”. In this context he presented several early papers, written in the years 1934-36, which are considered to this day the most notable testament to the Nazi doctrine of landed property with its public commitments;⁴⁵ the apparent assimilability of this doctrine dissimulated in masterly fashion the particular political goals of the totalitarian state.⁴⁶

Dr. Erkkilä acknowledges the property question as “naturally fundamental” to the Nazi party, which clearly aimed “to build a totalitarian nation and demolish subjective, state-provided rights” (115). This danger was noted and the doctrine sharply censured in 1938

⁴¹ H. Kreller, *Weitere Büchereingänge*, p. 463.

⁴² H. Lange, *Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933*, Tübingen 1941, p. 11; cf. V. Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, p. 464.

⁴³ V. Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, p. 463.

⁴⁴ J. Eckert, *Was war die Kieler Schule?*, (in:) F.J. Säcker (ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Baden-Baden 1992, pp. 37-70.

⁴⁵ F.R. Hausmann, „*Deutsche Geisteswissenschaft*“ im Zweiten Weltkrieg. *Die Aktion Ritterbusch 1940-1945*, Dresden 1998, pp. 262-264.

⁴⁶ E.D. Graue, *Das Zivilrecht im Nationalsozialismus*, (in:) F.J. Säcker (ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Baden-Baden 1992, p. 121; T. Keiser, *Eigentumsrecht in Nationalsozialismus und Faschismus*, Tübingen 2005, p. 118; V. Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, p. 485; apologetic J.G. Wolf, *Die Gedenkrede*, pp. 26-28.

by the Austrian Roman lawyer and long-serving professor within the German university system, Paul Koschaker. His “dogmatic understanding of historical development” may have been methodologically outdated (232), but nonetheless he proved to be – apart from early Nazi critics as Heinrich Stoll and Hans Würdinger⁴⁷ – the strongest critic of Wieacker’s theory of property.⁴⁸

Dr. Erkkilä elsewhere⁴⁹ attests that Wieacker’s “obligatory references to the *Führer* are few and notably perfunctory”. Clearly, Wieacker did not ape the practices of his Austrian colleague the legal historian Ernst Schönbauer, a staunch Nazi, who cited “our beloved leader” (*geliebter Führer*) no less than four times in a short speech of scarcely two pages.⁵⁰ However, Dr. Erkkilä omits an exception found in Wieacker’s critique of Koschaker. Wieacker trumpets⁵¹ that “[n]one other than our *Führer* ascribed this directly educational and contemporary value to ancient history”, after having denounced Koschaker’s actualization program as a “veneration of dead (*ausgelebt*) ideals” and “perpetuation of an outdated (*überaltert*) type of scholarship.”

VI. DEFENCE STRATEGIES. *PERSILSCHEINE* AS HISTORICAL SOURCES?

In 1946, Wieacker rejected as “monstrous” (*monströs*) and “outrageous” (*empörend*) the denunciations of Professor Ludwig Schnorr von Carolsfeld (of the University of Erlangen), with which the latter charged him in the denazification procedure (148). And as, thirty years later, he composed the essay in which he reconsidered his famous property-brochure, he managed only to formulate a naive rhetorical question: “Could the new property doctrine embolden the oppressions and illegalities of the Nazis?” (*Unterdrückungen und Rechtsbrüche des Regimes ... ermutigen*).⁵² The negative answer implied was expected to

⁴⁷ Cf. T. Keiser, *Eigentumsrecht*, pp. 15, 91-96, 128-143.

⁴⁸ T. Giaro, *Aktualisierung Europas. Gespräche mit Paul Koschaker*, Genova 2000, pp. 55, 75, 96-97, 115; id., *Der Troubadour des Abendlandes*, (in:) H. Schröder, D. Simon (eds.), *Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945–1952*, Frankfurt a.M. 2001, p. 49.

⁴⁹ V. Erkkilä, *Roman Law as Wisdom*, (in:) K. Tuori, H. Björklund (eds.), *Roman Law and the Idea of Europe*, Bloomsbury 2019, p. 208.

⁵⁰ J.W. Hedemann, *Bürgerliches Recht im Dritten Reich. Ein Vortrag mit einem Anhang: Die Akademie für deutsches Recht*, Berlin 1938, pp. 46-47.

⁵¹ F. Wieacker, *Die Stellung der römischen Rechtsgeschichte in der heutigen Rechtsausbildung*, *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht* 1939, vol. 6, pp. 405-406; R. Kohlhepp *Franz Wieacker und die NS-Zeit*, p. 205.

⁵² F. Wieacker, “*Wandlungen der Eigentumsverfassung*” revisited, p. 842; cf. V. Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, p. 485.

diminish Wieacker’s share of responsibility in the process of making Germany a totalitarian state (14-15).

In this context, Wieacker found himself in the good company of several conservative legal scholars around Carl Schmitt whose disappointment in the early 1940s was characterized by Dr. Erkkilä as “genuine” when the whole legal renewal seemingly latent in the ideas promoted by the Nazis in the 1930s turned out to be a lie (134). This credulity of young albeit adult people may be attributable to the fact that in Germany – as Wieacker bitterly stated in his Jhering-brochure of 1942 – thinking is strongly informed by school and academy, resulting in a lawyer being essentially ill-qualified to perform the duties inherent to that status (*zum Geschäft des Denkens an sich nicht berufen*).⁵³

We notice a similar childish attitude in Wieacker’s closest friend, the constitutional lawyer Ernst Rudolf Huber (258-260), to whom in 1952—despite the general boycott to which he was subject directly after WWII—Wieacker, as Dean of the Law Faculty in Freiburg i.B., assigned teaching responsibilities in modern constitutional history. During the Nazi-era, Huber had proved very successful in legitimizing Hitler’s dictatorship as *Führerstaat*; so much so that he gained – alongside Carl Schmitt – the title of “crown jurist of the Third Reich”. Nevertheless, afterwards Huber “could not see himself as having advanced the National Socialist cause” (137).

Such defensive strategies also permitted Wieacker to ignore, even after WWII and probably against his better knowledge, the systemically totalitarian nature of Nazism. Being of this nature, the system had need not only of men in the streets wielding big sticks, but also required jurists, historians, and other intellectuals able to put the highest achievements of the European spirit to the service of Hitler and his clique. Depicting totalitarian transformations as inevitable or at least highly desirable, these jurists and intellectuals paved the way to discrimination, plunder, murder and, ultimately, genocide.⁵⁴ In Wieacker’s view, a concerned Dr. Erkkilä surmises, “denazification was a manifestation of the lack of a ‘conscientious’ legal culture” (286). So the legal conscience which, conversely, assisted the Germans in Hitler’s time – if we draw the conclusions which the insight appears to endorse – took its departure as soon as the barbarian armies of the Yanks and Bolsheviks arrived (155, 189). Moreover, the denazification was “a drastic

⁵³ F. Wieacker, *Rudolf von Jhering. Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestag*, Leipzig 1942, pp. 7, 9-10.

⁵⁴ The classical investigation is M. Weinreich, *Hitler’s Professors. The Part of Scholarship in Germany’s Crimes against the Jewish People*, New York 1946; 2nd ed. Princeton 1999.

disappointment” also to Wieacker’s “network of colleagues” (289), such as Huber, Michaelis, and Dahm. In fact, Nazi communities, such as the lecturer academy of Frankfurt a.M., the *Kieler Schule*, and the law faculty at Leipzig, are remembered by Wieacker somewhat nostalgically (205, 261). Indeed, even some of the ‘credit’ for rebuilding them anew after WWII at the law faculty in Göttingen is attributable personally to Wieacker.⁵⁵

VIII. ALWAYS A SCHOLAR, ALWAYS THE SAME SCHOLAR?

Throughout the book, the defense of Wieacker, undertaken and accomplished by Dr. Erkkilä with expedition, follows a triple strategy. Dr. Erkkilä states on the basis of Wieacker’s publications and letters first that he was never a Nazi and absolutely not a racist (86-87), second that he belonged to the already mentioned circle of conservative legal scholars who already during the early 1940s “understood the hollowness, cynicism and unscientific nature” of the legal renewal deceitfully promised by the Nazis in the 1930s (134, 212), and thirdly that the Nazi content of Wieacker’s writings – even if there is any to be found – does not create difficulties for the approach of Dr. Erkkilä who “intended to go beyond such questions” (281).

It was not political ideology, insists Dr. Erkkilä, but rather Wieacker’s “strong personal understanding of the essence of social justice” that was “the prior point of departure for his writings” (282). Evidently, Dr. Erkkilä follows here the reasoning developed in Wieacker’s own 1976 reconsideration of his National-Socialist property doctrine, in which Wieacker identifies his earlier self as “the young legal historian and social critic of the early 1930s”.⁵⁶ But it is sufficient to recall the explicitly “racial” categorizations underpinning the writings collected above to see how much in these Nazi-era publications had to be modified by the post-war era Wieacker, often by judicious omissions.

Besides these racially begrimed fragments, this was also the fate of the warm welcome Wieacker had given in 1942 to the violent Nazi rejection of the idea of penal law, characterized by liberal jurists as The Great Charter of Freedoms (*Magna Charta*) of the criminal. The idea had been promoted by Jhering, but most notably Liszt, to whom we may even accredit the concept of punishment as protection, i.e. punishment endowed with

⁵⁵ V. Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, pp. 474-476.

⁵⁶ F. Wieacker, „*Wandlungen der Eigentumsverfassung*” revisited, p. 842.

the purpose of establishing security.⁵⁷ While present in the “first edition” of Wieacker’s brochure, commemorating in 1942 the 50th anniversary of Jhering’s death,⁵⁸ this critique of humane penal law disappeared, for obvious reasons, from subsequent versions and editions.

In spite of all this, Dr. Erkkilä emphasizes that between 1933 and 1968 Wieacker’s personality endured unchanged: “the core of his scholarly identity remained the same from Weimar to the Federal Republic of Germany” (V, 289). Impressive, but it is a banal truth that the identity of the subject does not imply the identity of all his opinions. It is renown that Wieacker emphasized in the 1930s the cooperative nature of the old Roman partnership (*societas*), whereas during the 1950s and later he concentrated rather on its individualist-liberal features.⁵⁹ So what is to be understood by all this? That under the Nazis Wieacker gladly espoused the Nazi guff, even though he in no way sympathized with what he said?

Wieacker—this is the proud explanation of Dr. Erkkilä—“was first and foremost a scholar” (288). That sounds kind of familiar: “I am a theorist, a pure scholar and nothing but an academic”, so claimed his famous mentor Carl Schmitt in a radio interview already in February 1933.⁶⁰ And the benevolent Fritz Pringsheim defended his pupil in 1947 as unpractical, “interested only in scholarly things” (*wissenschaftliche Dinge*) and apolitical.⁶¹ Characterizing Wieacker as essentially a scholar may be correct. However, during the 1930s he also dabbled, in the capacity of co-author of the so-called Leipzig project of the People’s Code (*Volksgesetzbuch*), in National-Socialist legislation, albeit that in the postwar years he sought to reduce—supported by Dr. Erkkilä (207, 237)—the apparent weight of his own practical contribution.⁶²

Wieacker contested with noteworthy vigor the 1941 printed edition of the materials which mention him as a member of the commission established by the Nazi Academy of German Law for the preparation of the particularly hairy Book I of the People’s Code. The Book was entitled *Der Volksgenosse*, a concept which probably should be translated as “fellow

⁵⁷ T. Vormbaum, *A Modern History of German Criminal Law*, Springer 2014, p. 117.

⁵⁸ F. Wieacker, *Rudolf von Jhering*, p. 54.

⁵⁹ F.-S. Meissel, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt a.M. 2004, pp. 30-31.

⁶⁰ M.H. Wiegandt, *“Ich bin Theoretiker, reiner Wissenschaftler und nichts als Gelehrter”: Ein Lebensbild Carl Schmitts*, Juristische Schulung 1996, vol. 36, p. 778.

⁶¹ Cited by O. Behrends, *Franz Wieacker 1908-1994*, p. XXVII.

⁶² W. Schubert (ed.), *Akademie für deutsches Recht 1933-1945*, vol. III.1. *Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien*, De Gruyter 1988, pp. 30-31.

German” or “national comrade”.⁶³ Dr. Erkkilä trusts Wieacker also in a more general sense: “despite the radical changes that the *Machtergreifung* and 1945 brought about, the core of his scholarly identity remained untouched” (289). Regardless of the book’s title, no place remains for any— not even conceptual—change of conscience.

The illusion of identity is not difficult to attain if we concentrate, in the manner of Dr. Erkkilä, on legal consciousness, legal conscience, or other related meta-concepts. Then the quality of positive law, valid in Germany between 1933 and 1945, becomes uninteresting. However, also Wieacker’s appraisal of the Imperial Legal Studies Ordinance of 1935 remained the same after WWII as it was before: In 1967 he still qualified this well-known creation of the sworn Nazi Karl August Eckhardt as “in its content essentially not politically motivated”; an evaluation that flew in the face of reality.⁶⁴ This fiction of identity eventually crumbled with the onset of the student revolt of 1968 (160-161, 265), which definitely strained Wieacker’s capacity of gradual self-modernization.

VIII. REINTEGRATION OF THE NAZIS INTO THE EUROPEAN LEGAL TRADITION?

It is perfectly true that the Nazi regime tried to present German law and its development as “essentially European”, but I cannot overcome some doubts regarding Dr. Erkkilä’s dating of this attitude to “after 1941” (125). This dating would be consistent with Dr. Erkkilä’s faith in the Nazis’ plan “to unite Europe under German rule against Soviet Russia” (133); nonetheless, this plan was from the beginning totally unrealistic. Furthermore, other scholars indicate an earlier moment of intensification of German intellectual propaganda in Europe, namely the victory over Poland in September 1939.⁶⁵ And if we go back a couple of years into the deeper history, we will observe that Koschaker’s idea to employ Roman law as a means of validating the German presence in the center of European culture, and even of reacquiring for Germany global importance (*Weltgeltung*) in legal scholarship, was a notion that enjoyed its heyday in the period 1935-1940, hence during what was essentially the pre-war period.⁶⁶ After the outbreak of WWII, the obsolescence of Koschaker’s program to support the Nazis against the Bolsheviks in

⁶³ W. Schubert (ed.), *Akademie für deutsches Recht 1933-1945*, vol. III.1, pp. 17-18, 513.

⁶⁴ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2nd. ed., Göttingen 1967, p. 555; contra E. Grothe, *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970*, München 2005, p. 199 and nt. 154.

⁶⁵ B.G. Martin, *The Nazi-Fascist New Order for European Culture*, Cambridge, London 2016, pp. 146-148.

⁶⁶ T. Giaro, *Memory Disorders*, *Studia Juridica* 2018, vol. 78, pp. 14-15, 19-20.

the name of the Occident became ever more apparent; it could be resuscitated—this time without ideological recourse to the Nazis – but only after the war.⁶⁷

Whether Nazi Germany was part and parcel of the European legal tradition remains controversial to this day. The prevailing opinion is inclined to qualify the Nazi-law as a perversion of legal order and accordingly as a blackout of legal history.⁶⁸ In any case, the period of Nazi rule appears—*toutes proportions gardées*—more comparable to another German dictatorship, namely the communist German Democratic Republic, than to the western systems which in Germany preceded and followed Nazism.⁶⁹ On the other hand, sober expositions of Nazi-law in the European context declare correctly that “from a formal perspective law was still made—and this law was applicable, even though its constitutional basis no longer existed”.⁷⁰

What up until now requires clarification is the extent to which we owe the consciousness of the European character of continental legal history, and not least the scholarly discipline of European legal history as such, not only to the Nazi-era in general, but also to individual Nazi legal scholars themselves. As a matter of fact, some statements of Dr. Erkkilä referenced above link these phenomena to certain Nazi political plans, which became official “after 1941”, to unite European nations under German rule for a kind of preventive war against Soviet Russia (125, 133). Were these intuitions of Dr. Erkkilä to prove correct, we would be obliged to acknowledge that the European Union was, in a certain sense, anticipated by the Nazis.

On the other hand, we must take into account another, and to a certain extent contrary, narrative of Dr. Erkkilä. He mentions namely Wieacker’s “courageous act”, consisting in his defense of the reception of Roman law in Germany as, *inter alia*, catalyzing the ‘scientification’ of local laws. Wieacker’s statement is praised as courageous by Dr. Erkkilä (who claims to follow in this respect Detlef Liebs),⁷¹ “since it could have brought him ... dangerous censure from fundamentalist legal scholars backed by the SS” (125-126). Fortunately, no dangerous censure occurred, the SS remained inactive, and we can try to shed some light on the entangled problem.

⁶⁷ T. Giaro, *Der Troubadour des Abendlandes*, pp. 73-76.

⁶⁸ H.-H. Jakobs, *Sehr geehrter Herr Canaris*, Myops. Berichte aus der Welt des Rechts 2012, vol. 14, pp. 9-16; F. von Hippel, *Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen 1955, passim.

⁶⁹ J. Schröder, *Rechtswissenschaft in Diktaturen*, pp. 118-119.

⁷⁰ Michael Stolleis, *Nazi Law and Nazi Non-Law*, (in:) H. Pihlajamäki, M.D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford 2019, pp. 1192-1213, citation p. 1196.

⁷¹ But the quotation is difficult to find.

IX. WERE THE NAZIS PROGENITORS OF CURRENT LEGAL HISTORY?

Contrary to the assumption of Dr. Erkkilä, the conceptualization of the Roman law reception as having a European character can be attributed neither to Wieacker nor to any other Nazi legal historian. Of course, Nazism did not come overnight, but had many precursors.⁷² However, for both questions concerning the reception: its nature as scientification and its European character, the dates are decidedly earlier. As early as 1874 the famous Rudolf Sohm elucidated the reception and in doing so denied the usual Germanist charges based on oppression of local laws by a foreign learned law; instead, he trained his attention on its character as *Verwissenschaftlichung*: “We received alien law, because we needed an alien legal science”.⁷³

Also the pan-European range of the reception was by no means discovered by the Nazis. As early as 1866, in the second edition of the first volume of “The Spirit of Roman Law”, Jhering noticed the commonality of one and the same code of law – the *Corpus Iuris Civilis* – in most parts of continental Europe.⁷⁴ In 1895, in the second volume of his monograph “*Die Lehre vom Einkommen*,” Leon Petrażycki placed in the balance against the anti-Romanist bias of the Germanists, the universal values of Roman law.⁷⁵ “Its reception across modern Europe—claimed Petrażycki in a Russian paper published in 1898—served in the realm of private law in great measure as a surrogate for progressive indigenous legislation”.⁷⁶

In 1900, the Roman lawyer Rudolf Leonhard, commenting on the codification debate in reference to the BGB, opposed the Germanists for their trenchant emphasis upon the national character of legal development and their associated tendency to overlook the common European movement of post-Roman law at the continental level.⁷⁷ In his rector’s inaugural address of 1920 in Berlin, the canon lawyer Emil Seckel appraised German legal scholarship of the 15th and 16th centuries as simply a “copy” of that already developed in

⁷² T. Giaro, *Vor-, Mit und Nachdenker des Madagaskar-Plans*, Rechtshistorisches Journal 2000, vol. 19, pp. 131-163.

⁷³ R. Sohm, *Die deutsche Rechtsentwicklung und die Codificationsfrage*, Grünhuts Zeitschrift 1, 1874, pp. 256-258, 268-273 (quotation p. 258).

⁷⁴ R. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2nd ed., Leipzig 1866, p. 14.

⁷⁵ L. Petrażycki, *Die Lehre vom Einkommen*, vol. II, Berlin 1895, pp. 575-76, 607.

⁷⁶ L. Petrażycki, *Zagadnienia prawa zwyczajowego* (Polish translation), Warszawa 1938, pp. 67-68.

⁷⁷ R. Leonhard, *Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechts-Wissenschaft*, Breslau 1900, p. 26.

Italy.⁷⁸ As early as 1928, the American jurist Edmund Munroe Smith stated that “[t]he whole movement has been European” and affected “nearly all western and central Europe”, so that “in all the principal countries of Europe legal conditions were much the same”.⁷⁹

Dr. Erkkilä’s approach to original research on the ideas of Wieacker unfortunately forecloses—in dogmatic fashion—the question whether his texts of the 1930s “can be seen as an extension of National Socialist ideology” (281). Regrettably, this question cannot be so easily dismissed and, what is worse, it must be answered in the affirmative. Even an inquirer who limits his interest to what was happening in Wieacker’s head excluding the world outside, cannot segregate the man’s Nazi-inspired ideas from the humanitarian ones that continue to be affirmed as appropriate today. As a result, the reader is left without any plausible information about the content of German legal consciousness and legal conscience during the years 1933–45.

Franz Wieacker was a great legal historian, who counts among the founding fathers of the discipline of European Legal History. Dr. Erkkilä thoroughly examined his conceptual background, but some of the results must be adjudged false or at best mystifying, such as the phrase which adorns the last page of the book: “The end of the war and the consequent denazification process was a drastic disappointment to both Wieacker and his network of colleagues” (289). Does this mean that he and his network were drastically opposed to the war’s ending by unconditional surrender of the Third Reich? Probably yes, they were against it; but thank goodness they were unable to drop the atomic bomb.

⁷⁸ E. Seckel, *Das römische Recht und seine Wissenschaft im Wandel der Jahrhunderte*, Rektoratsrede Berlin 1920, Berlin 1921, p. 22.

⁷⁹ E.M. Smith, *A General View of European Legal History*, (in:) *Mémoires de l’Académie Internationale de Droit Comparé* 1928, vol. 1, pp. 198–99, 219, 228.

A COMPARATIVE STUDY ON ALGORITHMIC DISCRIMINATION BETWEEN EUROPE AND NORTH-AMERICA

Giacomo Capuzzo

TABLE OF CONTENTS:

SOME INTRODUCTORY NOTES - I.1 DISCRIMINATION AND ALGORITHMS: A CULTURAL CONTEXT AND TWO LEGAL APPROACHES - I.2 TRANSPARENCY AND RESPONSIBILITY BETWEEN LAW AND IT - II.1 ANTI-DISCRIMINATION TESTED BY ALGORITHMIC DECISION-MAKING PROCESSES - II.2 THE DISCRIMINATORY POTENTIAL OF ALGORITHMS: A PRACTICAL GUIDE - II.3 MULTILEVEL ANTI-DISCRIMINATION PROTECTION - II.4 FIGHTING ALGORITHMIC DISCRIMINATION THROUGH THE LEGISLATION ON THE PROCESSING OF PERSONAL DATA - II.5 OTHER EXAMPLES OF REGULATIONS AT EUROPEAN LEVEL - II.6 THE ANTI-DISCRIMINATION PROTECTION IN THE UNITED STATES OF AMERICA IN RELATION TO THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE - III. ALGORITHMIC DISCRIMINATION IN PRACTICE: A SERIES OF SUBSTANTIVE CASES - BY WAY OF CONCLUSION.

This study aims at describing the legal framework that relates discrimination to the world of artificial intelligence, with particular reference to the use of algorithms. The author analyzes the operation of these automatic machines within the decision-making processes of private and public actors, emphasizing the potential discriminatory effects resulting from such use. The survey of the regulation on the subject has suggested a dichotomy of approaches, one ex post grounded on general principles that can be applied at discretion to different cases; the other ex ante based on sets of rules set up for specific areas. The paper explores the various aspects of discriminatory protection between the European and US multilevel legal systems, deepening the regulatory disciplines and dealing with some practical cases to provide an introductory map to the issue.

SOME INTRODUCTORY NOTES

The growing use of artificial intelligence within the productive sectors and public administration marked the first decades of the new century. Technological development has allowed the increasing use of new technologies capable of performing support tasks and sometimes in place of human activity.¹

¹ On law and artificial intelligence generally, see S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; F. Pasquale, *The black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money And Information*, Cambridge 2015, 5 Ff.; S. Barocas, A. D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, 104 Calif. L. Rev. 671, 674 N.10 (2016); D. Poole, A. Mackworth, R. Goebel, *Computational Intelligence: A Logical Approach*, New York 1998; I. Ajunwa, *Algorithms At Work: Productivity Monitoring Platforms And Wearable Technology As The New Data-Centric Research Agenda For Employment And Labor Law*, 63 St. Louis U. L.J. 2019; I. Ajunwa, *Genetic Testing Meets Big Data: Tort And Contract Law issues*, 75 Ohio St. L.J. 1225 (2014); I. Ajunwa, K. Crawford & Jason Schultz, *Limitless Worker Surveillance*, 105 Calif. L. Rev. 735 (2017); D. K. Citron, F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process For Automated Predictions*, 89 Wash. L. Rev. 1 (2014); K. Crawford & Jason Schultz, *Big Data And Due Process: Toward A Framework To Redress Predictive Privacy Harms*, 55 B.C. L. Rev. 93 (2014); L. Edwards & M. Veale, *Slave To The Algorithm? Why A 'Right to an explanation' Is Probably Not The Remedy You Are Looking For*, 16 Duke L. & Tech. Rev. 18 (2017); G. Resta, V. Zeno Zencovich (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, Roma, 2016; G. Resta, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011; G. Pitruzzella, *Big Data, Competition and Privacy: A Look from the Antitrust Perspective*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, 15 ff.; F. Pizzetti, *Privacy e diritto europeo nella protezione dei dati*

A fundamental step concerned the possibility of collecting and processing masses of data in order to elaborate information capable of allowing intelligent operation by the machines themselves. Through this path it is possible to conceive an automatic decision-making process entrusted to machine which, based on the data entered, allows the identification of a specific solution to a given problem.²

These new applications have favored the introduction of artificial intelligence in many areas of production activities and public administration. In particular, the use of algorithms, sequences of well-defined computer instructions that are used to solve a series of problems or to perform a specific calculation, has increased.³

This type of processing uses a finite set of operations that are carried out by a computer on the basis of a set of data.⁴ The algorithm is therefore one of several applications of artificial intelligence and includes a wide range of tools, from optimization to research, which in turn influence a variety of operations. It is a type of decision that is made billions of times a year in various sectors such as credit, insolvency or diagnostics in the health sector. In the field of recruitment, for example, one or more subjects are selected from a larger pool of candidates to optimize some results.⁵

The challenge is that the result is not intelligible to the individuals involved at the time the decision is made. Which candidate will be more productive if they are hired? If we refer instead to the credit sector, which borrowers will be in default in the event of a possible stipulation of a loan agreement? This type of decisions create a risk, the best solution must be found through a decision-making process based on the information in possession. Such

personali, Torino, 2016; G. Pascuzzi, *Il diritto nell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, Bologna, 2002. P. T. Kim, E. Hanson, *People Analytics And The Regulation Of Information Under The Fair Credit Reporting Act*, 61 St. Louis U. L.J. 17 (2016); Neil M. Richards & Jonathan H. King, *Big Data Ethics*, 49 Wake Forest L. Rev. 393 (2014); Andrew D. Selbst & Solon Barocas, *The Intuitive Appeal Of Explainable Machines*, 87 Fordham L. Rev. 2018.

² B. Marr, *What Is The Difference Between Artificial Intelligence And Machine Learning?*, Forbes (6 Dec., 2016, 2:24 Am), <https://www.forbes.com/sites/Bernardmarr/2016/12/06/What-Is-The-Difference-Between-Artificial-Intelligence-And-Machine-Learning/3/#157219c52bfc>

³ S. Barocas, S. Hood & M. Ziewitz, *Governing Algorithms: A Provocation Piece*, *Governing Algorithms* ¶ 9 (Mar. 29, 2013), <http://governingalgorithms.org/Resources/Provocation-piece/> [https://perma.cc/M8RY-73YX].

⁴ I. Bogost, *The Cathedral of Computation*, THE ATLANTIC (Jan. 15, 2015), <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2015/01/the-cathedral-of-computation/384300/> [https://perma.cc/AA6T-3FWV].

⁵ K. Gaebler, *The Future of Hiring: Human Resources, Without the Humans*, ATLANTIC (Feb. 3, 2012), <https://www.theatlantic.com/business/archive/2012/02/the-future-of-hiringhuman-resources-without-the-humans/252518/>; Aki Ito, *Hiring in the Age of Big Data*, BLOOMBERG PAULINE T. KIM, *Auditing Algorithms for Discrimination*, 166 U. Pa. L. Rev. Online 189 (2017); P. T. Kim, *Data-Driven Discrimination At Work*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 857 (2017); P. Kim, S. Scott, *Discrimination In Online Employment Recruiting*, 63 St. Louis U. L.J. (Forthcoming 2019); C. A. Sullivan, *Employing Ai* (Feb. 18, 2018) (Seton Hall Public Law Research Paper), https://papers.ssrn.com/Sol3/Papers.Cfm?Abstract_Id=3125738 ; J. A. Kroll Et Al., *Accountable Algorithms*, 165 U. Pa. L. Rev. 633 (2017).

predictive processing does not exhaust the range of potential uses of algorithms within these decision-making processes, but they are among the most important uses of these software.⁶

This type of artificial intelligence is developed using machine learning methods. These are types of algorithms that build prediction functions on the basis of a series of data entered in order to make such predictions; once this function is consolidated, the algorithm receives a particular "input" (such as the characteristics of a candidate for a particular job position for example) and it predicts some results (such as his performance in specific areas).⁷

The usefulness of these machines is such that the areas in which it is deployed are different and its social implications are completely evident. Many of the decisions that are made are based on or influenced by the results of these algorithmic elaborations. For these reasons, jurists have begun to take an interest in the repercussions of these new technologies in the legal world.⁸

Their use is relevant to the law⁹, both because the rules of the legal system extend to the functioning of the algorithm when it is used in relation to particular human activities, and because law itself has begun to employ algorithms in the context of its application, such as in procurement contracts or in the calculation of the maintenance allowance. In particular, the main areas of interest so far have concerned the protection of privacy and the processing of personal data, issues relating to the correctness of these automated decision-making processes and above all in the field of anti-discrimination protection. In particular, the latter aspect has recently attracted the attention of scholars because the use of

⁶ A. Mantelero, I Big Data nel quadro della disciplina europea della tutela dei dati personali, in *Il Corriere giuridico - Speciali Digitali 2018*, 2018, 46 ff.; V. Morabito, *Big Data and Analytics. Strategic and Organizational Impacts*, Springer New York, 2015, 23 ss

⁷ C. Angelopoulos, et al. 'Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self regulation, report IViR Institute for Information Law, University of Amsterdam' (2016) <https://www.ivir.nl/publicaties/download/1796>; Angwin J et al., 'Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks'. *ProPublica*, May 23, 2016 <https://www.ProPublica.org/article/machinebias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>; Bambauer JR and Zarsky T, 'The algorithm game', 7 March 2018, *Notre Dame Law Review* 2018 <https://ssrn.com/abstract=3135949>.

⁸ R. Avraham, 'Discrimination and Insurance' in K. Lippert -Rasmussen (a cura di), *The Routledge handbook*

of the ethics of discrimination, 2017; K. Charles, J. Guryan, *Prejudice and wages: An empirical assessment of Becker's the Economics of Discrimination*. *J. Polit. Econ.* 116, 773–809 (2008); M. Turner et al., "All other things being equal: A paired testing study of mortgage lending institutions—final report" (Tech. Rep., US Department of Housing and Urban Development Office of Policy Development and Research, Washington, DC, 2002). M. Bertrand, S. Mullainathan, *Are Emily and Greg more employable than Lakisha and Jamal? A field experiment on labor market discrimination*. *Am. Econ. Rev.* 94, 991–1013 (2004); V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, II, 5-6.

⁹ On this see the pioneering work of S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit.; Id. *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

algorithms in the context of different decision-making processes, both in private and public sector, has led them to ask if there could be possible discrimination associated with the deployment of this type of artificial intelligence.¹⁰

These findings are based on two series of considerations that both originate in the discourses and elaborations that accompanied the use of these tools, according to the first, although algorithms make it possible to reduce the discretion linked to decision-making processes managed by human beings, it reckons is highly probable that algorithms reproduce the same inequalities that already exist. With respect to the second line of argument, the idea that algorithmic calculations are perceived as neutral, in the belief that technology is always apolitical, without little or any impact on society and that therefore the functioning of these automatic learning machines cannot be reconstructed or altered from the outside (black box), effectively making the sector immune to the regulation by law.¹¹

If the main issues relating to the use of algorithms are shared by the prevailing doctrine in Western legal systems being in line with what is stated by the decisions of the courts of the respective systems, as regards to the solutions, the opinions are quite different and not only due to the presence of regulations and different protections between the two sides of the Atlantic in terms of discrimination. In particular, two different approaches to anti-discrimination protection were highlighted in the context of algorithmic decision-making processes. The first prefers an *ex ante* protection that takes into account the processing of the algorithm through the technical procedures used to create it and provides a precise legal regulation with respect to the different possible concrete situations due to the functioning of the algorithmic decision-making process.¹²

The second proposes an *ex post* protection through the extension of the current legal approach to anti-discrimination to cases relating to the use of algorithms. This approach

¹⁰ S. Barocas, A. Selbst, Big data's disparate impact. Calif. Law Rev. 104, 671–732 (2016); S. Bornstein, Antidiscriminatory algorithms. Ala. Law Rev. 70, 519–572 (2018); J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan, C. Sunstein, Discrimination in the age of algorithms. J. Legal Anal. 10, 113–174 (2018); L. Sweeney, Discrimination in online ad delivery. Queue 11, 10–29 (2013).

¹¹ On this point see F. Pasquale, The Black Box Society: The Secret Algorithms that control Money and Information, 34-35; I. Bogost, *The Cathedral of Computation*, cit.; K. Fink, 'Opening the government's black boxes: freedom of information and algorithmic accountability' (2018) 21(10) Information, Communication & Society 1453.

¹² Su di un approccio all'antidiscriminazione che si fonda su alcuni principi generali si veda, JH Gerards, 'Discrimination grounds', in M. Bell and D. Schiek (a cura di), *Ius commune case books for a common law of Europe – Non-discrimination* (Hart 2007), 33-184. Federal Trade Commission. 'Big data: A tool for inclusion or exclusion? Understanding the issues' (Gennaio 2016) <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf> ; C. Dwork et al., 'Fairness through awareness' (Proceedings of the 3rd Innovations in Theoretical Computer Science Conference ACM, 2012) 214.

aims to apply the principles of transparency and accountability in order to limit or reduce the possibility of producing a discriminatory outcome.¹³

This contribution will therefore try to shed light on these two approaches and to propose an alternative path of protection. To do this, the text was divided into three parts. Part I provides the political-legal context that has been created around the growing use of algorithms in post-industrial society. Part II summarizes the existing state of the art on the issue, including the main regulations in the field, identifying the two main theories addressed in current science. Part III examines some decisions on discrimination to highlight the different types of algorithmic discrimination and to discuss some existing arguments about the limits of the current legal protection. It is important to focus on the risks of technology-assisted decision making, but this must not obscure the potential benefits: Algorithms can incorporate structural bias, but suppress human bias. Artificial intelligence can transform itself from an implacable enemy to a potential ally, the correct anti-discrimination approach can facilitate this technological transition.¹⁴

I.1 DISCRIMINATION AND ALGORITHMS: A CULTURAL CONTEXT AND TWO LEGAL APPROACHES

It is not possible to fully understand the importance of new technologies and the role of artificial intelligence within society if we do not pay attention to the cultural and political-legal context in which this transformation is taking place. The fourth industrial revolution entailed a greater dependence on electronic computers of industrial production and public administration, this trend was accompanied by a vision of these machines as tools capable of ensuring a more efficient management of many aspects of social life. Such a change in social organization cannot occur without introducing new knowledge, modifying the

¹³ T. Khaitan, *A theory of discrimination law*, Oxford 2015; Hacker P, 'Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law' (2018) 55 *Common Market Law Review*, Issue 4, p 1143–1185; M. Hardt, 'How big data is unfair. Understanding sources of unfairness in data driven decision making' (2014) <https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de>; R. Gellert, K. De Vries, P. De Hert, S. Gutwirth, 'A comparative analysis of anti-discrimination and data protection legislations', in *Discrimination and privacy in the information society* (pp. 61-89), Berlin, Heidelberg 2013.

¹⁴ On the risks and problems connected with the massive deployment of AI, see Ferguson AG, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, New York, 2017; A. Danna A, OH Gandy Jr., 'All that glitters is not gold: Digging beneath the surface of data mining' (2002) 40(4) *J Bus Ethics* 373; J. Burrell, 'How the machine 'thinks': understanding opacity in machine learning algorithms', *Big Data & Society* (2016) 3(1). 1-12; D. M. Boyd, K. Crawford, 'Critical questions for big data: Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon' (2012) 15(5) *Information, Communication & Society* 662

interactions between individuals, influencing the power relations between the social categories to which they belong.¹⁵

In this sense, the introduction of artificial intelligence, like that of the Internet, has brought with it a series of concepts and modes of thinking that affect not only IT operators, but anyone who comes into contact with these new technologies. This discourse is aimed at assuming a hegemonic position with respect to the use of these tools, it is therefore functional to the control of the means of production by those social categories that have an interest in their management.¹⁶

We have already had occasion to mention how the main concept around which the discourse relating to artificial intelligence revolves is its supposed neutrality, the conception that technological tools have no impact within society, limiting themselves to simplifying the development of some human activities. Technology is therefore conceived, according to this idea, as something objective, immutable and inherently positive.¹⁷ This approach is connected to the very idea of progress and modernization of which artificial intelligence represents the substance. A further corollary is represented by the idea that limiting human discretion as far as possible within decision-making processes allows greater efficiency and guarantees a solution that is actually objective according to the goals for which it is used.¹⁸ This way of thinking is fundamental for the spread of these new technologies because it creates demand for them. A product whose impact, whose social costs are zeroed becomes

¹⁵ On the ties between means of knowledge production and hegemonic discourse, see A. Gramsci, per un approfondimento di questi temi nell'ambito delle nuove tecnologie, si veda O. H. Gandy Jr., *The Panoptical Sort: A Political Economy of Personal Information*, Nashville, 1993; M. Hildebrandt, *Criminal Law and Technology in a Data-Driven Society*, in M. Dubber, T. Hörnle, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford 2014, 174-197; P. Nemitz, 'Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence', *Phil. Trans. R. Soc. A* 376.2133 (2018): 20180089, <http://rsta.royalsocietypublishing.org/content/376/2133/20180089> ; C. O'Neil, *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy* New York, 2016.

¹⁶ B.J., Koops, 'Should ICT regulation be technology-neutral?' in Koops, Bert-Jaap et al. (eds), *Starting Points for ICT Regulation - Deconstructing Prevalent Policy One-liners* (Information Technology and Law Series, Asser 2006). <https://ssrn.com/abstract=918746> ;

¹⁷ F. Puppe, *Systematic introduction to expert systems: Knowledge representations and problem-solving methods*, Heidelberg, Berlino 1993.

¹⁸ On this see E. Siegel, *Predictive analytics: The power to predict who will click, buy, lie, or die*, Hoboken 2013; D. Reisman, J. Schultz J, K. Crawford, M. Whittaker, 'Algorithmic impact assessments: A practical framework for public agency accountability', AI Now Institute 2018; Oswald M, 'Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the Issues using administrative law rules governing discretionary power' (2018) 376 *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 20170359; .com/abstract=3090360 accessed 26 September 2018. D. Greene, A.L. Hoffman, L. Stark, 'Better, nicer, clearer, fairer: A critical assessment of the movement for ethical artificial intelligence and machine learning', 2018 <http://dmgreene.net/wp-content/uploads/2018/09/Greene-Hoffman-Stark-Better-Nicer-Clearer-Fairer-HICSS-Final-Submission.pdf>

more attractive to buyers, who will be willing to change their habits and embrace these innovations based on the expectations that have been created.¹⁹

The concept of neutrality therefore ensures that artificial intelligence continues to be a requested product and that the main producers remain in control of the means of production of these goods. This idea works even if errors and malfunctions in the use of these technologies are contemplated, in these cases the intervention of computer scientists and lawyers is aimed at ensuring that the automated decision-making systems do not involve unwanted solutions or in any case not in line with the regulations put in place.²⁰

I.2 TRANSPARENCY AND RESPONSIBILITY BETWEEN LAW AND IT

It is interesting to note that in both these areas of interest, the principles mentioned are the same: transparency and accountability, even if in practice these references have different meanings and functions. At the base, however, there is a profound, undeclared and hidden conception that applies both to law, to information technology and to a large part of society in general; the idea is that the manufacturer of the machine will know exactly how it was built and what the different behaviors of the machine would be when a particular lever or a specific button is pushed.²¹

The machine in question has been designed for a certain purpose and will continue to do so as long as you continue to operate it. The relative presumption is that any other person in possession of all the information relating to this operation and given the perfect mechanism of the same, perhaps with the help of an expert, may be able to understand how the machine works. The reasoning behind is that seeing the internal components of a

¹⁹ G. Malgieri, 'Trade secrets v personal data: a possible solution for balancing rights' (2016) 6 International Data Privacy Law 2, 103; M. Jordan, 'Artificial intelligence -The revolution hasn't happened yet' (Aprile 2018) <https://medium.com/@mijordan3/artificial-intelligence-the-revolution-hasnt-happened-yet-5e1d5812e1e7>; WJ Frawley, G. Piatetsky-Shapiro, C.J. Matheus, 'Knowledge discovery in databases: An overview' (1992) 13(3) AI magazine 57.

²⁰ M. Ananny, K. Crawford, 'Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability' (2018) 20(3) New Media & Society 973; P. Schwartz, *Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer*, 43 Hastings L.J. 1321, 1343–74 (1992).

²¹ D. Levine, *Secrecy and Accountability: Trade Secrets in Our Public Infrastructure*, 59 FLA. L. REV. 135, 180 (2007); DJ. Weitzner et al., *Information Accountability*, 51 Comm. Acn, June 2008, 82; A. Haeberlen, P. Kuznetsov, P. Druschel, *Peer Review: Practical Accountability for Distributed Systems*, 41 Acm Sigops Operating Sys. Rev. 175, 175 (2007). M. Veale, *Logics and Practices of Transparency and Opacity in Real-World Applications of Public Sector Machine Learning*, 4 Workshop On Fairness Accountability & Transparency Machine Learning, 2 (2017), <https://arxiv.org/pdf/1706.09249.pdf> [<https://perma.cc/8X2L-RXZE>]

system leads to an understanding of the same and the consequences associated with its operation.²²

In the legal context, transparency is therefore the possibility of carrying out a verification of a particular algorithm, through access to information concerning it and to the patterns of its processing, to identify defects, intentional errors and perhaps find unwanted and possibly unintentional results such as discrimination. This approach therefore allows a strict control of all the components of the algorithm in order to exclude any possible result that may lead to discrimination or other outcomes not in line with the regulations in force in the field of application of the algorithm.²³

From this operation and its results derives the ability to hold the creator or operator of the system responsible. In this sense, if you allow access to all the information regarding a given algorithm and its functioning, only the identification of negative behaviors and results can lead to the identification of a person responsible for them in the juridical-political sense of the term. The combination of transparency and responsibility is now a classic of the neoliberal paradigm as a binomial that dominates legal-political relations in both the public and private spheres. Transparency must inform the relationships between the contractors, as well as the relationship between government and individual citizens, so that individuals have all the information necessary to be able to self-determine in any situation, both in the private context, deciding to complete or not a given transaction, and in the public one, verifying what their representatives are doing and participating in the political debate, or expressing their opinions to politicians and institutions.²⁴

The problem with this approach is connected to the fact that in the case of algorithms, the control cannot take place only on the machine (the software) that allows automatic data processing, but must be extended to all the steps of the algorithmic decision-making process that concern that particular operation. The same protection of fundamental rights - such as the dignity of the individuals involved in the decision-making process - has been elaborated by the regulations and decisions in the European context cannot be implemented without the knowledge of all the aspects and reasoning that have informed the algorithmic decision-making process. from its beginning to its end.²⁵

²² On this approach to Machine learning see D. R. Desai, J. A. Kroll, *Trust but Verify: A guide to Algorithms and the Law*, in 31 Harv. J. L. Tech. 1(2018) 9-11.

²³ P. T. Kim, *Data-Driven Discrimination at Work*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 857 (2017); D. J. Weitzner et al., *Information Accountability*, 86.

²⁴ On the public sector, see M. Veale, *Logics and Practices of Transparency and Opacity in Real-World Applications of Public Sector Machine Learning*, 2 ff.; D. K. Citron, 'Technological due process' (2007) 85 Wash.UL Rev. 1249. On the private sector, D. R. Desai JA. Kroll, *Trust but Verify: A guide to Algorithms and the Law*, 32 ff.

²⁵ D.R. Desai JA. Kroll, *Trust but Verify: A guide to Algorithms and the Law*, Ibidem;

Such a condition can hardly occur with respect to algorithms, if we refer, for example, to those cases that have aroused greater perplexity in the field of anti-discrimination protection such as in the case of online advertisements or prices displayed in the e-commerce sector, it is not possible to map all possible variables intervened within the algorithmic decision-making process underlying that particular function.²⁶

The same open access accessibility of the algorithm source code often does not allow to prove that the disclosed software has been used in any discriminatory decision, unless the algorithmic decision-making process that led to that result cannot be perfectly reproduced. This procedure is really only possible under certain conditions. For these reasons, it is important to understand how the principles of transparency and responsibility are implemented, in order to anchor these legal concepts to a substantial application that allows effective protection of the underlying interests, on the other hand without a technical declination able to guarantee the collection of evidence that allows the supervision and verification that the algorithm is operating within agreed rules, transparency and responsibility become mere formal principles that do not allow effective anti-discrimination protection.²⁷

In the IT context, the two concepts under consideration are conceived with respect to the ability to elaborate the algorithm so that it produces a report of all the operations carried out during the decision-making process. Each single step provides a series of data that certify its correct performance or any deviations from it. A system of this type cannot, in itself, allow for the implementation of the principles of transparency and responsibility in the legal field, the IT meaning of the two concepts only allows for the provision of procedures aimed at finding evidence of what happens to the within the algorithmic

²⁶ On this see generally M. Kaminski, 'Binary governance: A two-part approach to accountable algorithms' (2018). 92 S. Calif. L. Rev. 2019. Per gli esempi, A. Datta et al., 'Discrimination in online advertising: A multidisciplinary inquiry' (Conference on Fairness, Accountability and Transparency 2018) 20; A. Datta, M.C. Tschantz, 'Automated experiments on ad privacy settings', 1 Proceedings on Privacy Enhancing Technologies (2015) 92; J. Dastin, 'Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women', 10 October 2018. Reuters, <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-in...-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>; D.J. Dalenberg, 'Preventing discrimination in the automated targeting of job advertisements' (2018) 34(3) Computer Law & Security Review 615.

²⁷ On this critically, J. Buolamwini, T. Gebru, 'Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification' (Conference on Fairness, Accountability and Transparency 2018) <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a.html>, 77. Christian Sandvig et al., Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms, (22 maggio 2014), <http://www-personal.umich.edu/~csandvig/research/Auditing%20Algorithms%20--%20Sandvig%20--%20ICA%202014%20Data%20and%20Discrimination%20Preconference.pdf>; F. Di Porto, La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data, Napoli, 2017, p. 162 ff.

decision-making process, it is subsequently up to the legal plan to identify those responsible for any discriminatory decisions.²⁸

In other words, the IT declination of the liability principle is a necessary step to allow the application of its legal correspondent. Because it is only after verifiable evidence, relevant to the ongoing investigation, that one can have the possibility of holding public or private actors deploying these algorithmic decision-making processes responsible for their actions. This cannot mean that the use of such IT systems cannot be regulated, but it requires that it is clear what these algorithms are based on, how they are developed and above all what it is possible to do or not do when it comes to regulating or monitoring the use of these technologies.²⁹

The main problem, with respect to the extensive use of the principle of transparency (and accountability) as an *ex post* method to regulate automation, is that it does not address these issues, and therefore is unable to provide the type of legal answer necessary in these cases. On the contrary, the increasingly important use of automatic learning systems, which tend to separate the creation of algorithms and the rules that govern them from the design and implementation of humans, must push society to catalog the types of damage that can be connected to such use, to deny those outcomes that may result in discrimination, to prohibit inappropriate uses in general and to require that the software be built according to certain specifications that can be tested or/and controlled.³⁰

II.1 ANTI-DISCRIMINATION TESTED BY ALGORITHMIC DECISION-MAKING PROCESSES

Based on the foregoing, it is therefore necessary to focus on the questions associated with an *ex ante* approach to anti-discrimination protection with respect to the use of algorithms. The outlines of an *ex post* protection such as that based on the application of the neoliberal principles of transparency and accountability have been discussed in the previous paragraph, revealing a concept that, although it allows general protection for all cases in which a decision emerges at the end of a algorithmic decision-making process that can be

²⁸ D.R. Desai, J.A. Kroll, Trust but Verify: A guide to Algorithms and the Law, 9 ff.

²⁹ On machine learning technically, see E. Bayamloğlu, R. Leenes, 'The "rule of law" implications of data-driven decision-making: a techno-regulatory perspective', in Law, Innovation and Technology (2018); B. Bodo et al., 'Tackling the algorithmic control crisis-the technical, legal, and ethical challenges of research into algorithmic agents' (2017) 19 Yale JL & Tech. 133; J. Burrell, 'How the machine "thinks": understanding opacity in machine learning algorithms', Big Data & Society (2016) 3(1), 1-12; J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan, C. Sunstein, Discrimination in the age of algorithms, 3.

³⁰ On this program, see European Group on Ethics in Science and New Technologies, 'Statement on Artificial Intelligence, Robotics and "Autonomous" Systems', Marzo 2018, https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf

considered discriminatory, remains on a purely formal level due to the difficulty of mapping the functioning of the algorithm and finding effective evidence that can attribute the result in question to one or more responsible persons.³¹

The *ex ante* approach is instead based on a work of classification and analysis of these automatic systems to understand the type of damage they can cause, the solutions that can be produced and the permitted uses of these software. To do so, however, it is necessary to understand the development of these decision-making processes, their components, how these algorithmic systems are able to discriminate and how this can be detected on a strictly legal level.³²

In this sense, one can begin to investigate these issues by specifying how, although people often refer improperly to any process that elaborates data and produces a forecast as a "algorithm", it is important to note that there are actually two separate algorithmic processes at work in screening applications of the type we are considering: 1) The screening algorithm (or screener) simply takes the characteristics of an individual (such as a candidate of work) and returns a prediction of this individual's outcome. This prediction then informs a decision (hiring). 2) The training algorithm (or trainer) is what produces the screening algorithm.³³

Building this second algorithm involves (among other things) assembling past instances to be used as training data, defining the outcome to predict, and choosing candidate predictors to consider. The screening algorithm is only the mechanical result of applying the training algorithm to a training dataset. Thus, while the former can produce distorted decisions, the moment in which discriminatory treatment is generated is often the training phase involving the latter.³⁴

³¹ D. R. Desai JA. Kroll, Trust but Verify: A guide to Algorithms and the Law., 11 ff.

³² S. Wachter, 'Normative challenges of identification in the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR', 34 Computer Law & Security Review, 3, 2018, 436-449; A.D.Selbst, S. Barocas, 'The intuitive appeal of explainable machines', Fordham Law Review, 86 (2018). R. Swedloff, 'Risk classification's Big Data (r)evolution' (2014) 21 Connecticut Insurance Law Journal 339; A. Moretti, Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del regolamento (UE) 2016/679.

³³ The functioning of an algorithmic decision-making process is well explained in J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan, C. Sunstein, Algorithms as discrimination detectors, in Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 28 luglio 2020, <https://www.pnas.org/content/pnas/early/2020/07/27/1912790117.full.pdf>

³⁴ J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan, C. Sunstein, ibidem.

II.2 THE DISCRIMINATORY POTENTIAL OF ALGORITHMS: A PRACTICAL GUIDE

AI-driven decision making can lead to discrimination in several ways. In a landmark article, Barocas and Selbst distinguish five ways in which algorithmic decision making may lead to discrimination. The problems concern (I) how the target variable and class labels are defined; (II) the labeling of training data; (III) the collection of training data; (IV) the selection of indicators; (V) the proxies and finally (VI) the use of algorithms for discriminatory purposes on a voluntary basis.³⁵

1) the definition of target variable and class labels.

As previously seen, the screening algorithm works on the basis of the training algorithm, both look for correlations between groups of data, the second to provide data to the first, the first to process the required solution. For example, when a company develops a spam filter, the underlying algorithm is trained by inserting a series of e-mail messages that are labeled by programmers as "spam" and "not spam". The messages labeled are the training data.

The algorithm detects which characteristics of the messages are related to being labeled as spam, the set of these identified correlations is often called the "predictive model". Messages labeled as spam can often contain certain phrases ("magic pill to lose weight" or could be sent from certain IP addresses. The algorithm is trained to study the data entered to understand which characteristics can be taken into account to obtain the results which are referred to as the target variable.

While the target variable defines what the operators are looking for, the class labels divide the required results into mutually excludable categories, in the spam filter example above, people roughly agree on the class labels: which messages are spam or not. In other situations, it is less obvious what the target variables should be.

This point refers to one of the most controversial aspects relating to the use of algorithms as well as one of the major causes of discriminatory treatments through algorithmic decision-making processes. Anyone wishing to use an algorithm in order to predict a solution to a particular question needs to simplify the framework of the attributes they want to pay attention to in order for the machine to process them. In other words, the operators, even in the face of non-discriminatory and correctly sampled data, will have to carry out an interpretative activity of the same to allow their use by the algorithm.

³⁵ S. Barocas, A.D. Selbst, 'Big Data's disparate impact' (2016) 104 Calif Law Rev 671. Le stesse ipotesi sono riprese in F. Zuiderveen Borgesius, Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making, (Consiglio d'Europa) Strasburgo 2018, 10 ff.

Take, for example, the case of a company that is looking for a candidate / or to fill a position within its organization. The idea is therefore to hire a model subject and to do so it will be necessary to indicate his qualities: suppose that less well-off individuals rarely live in the city center and have to go to their work further away than others. Therefore, individuals belonging to these social categories will be more exposed to possible delays to work than others due to traffic or problems with public transportation.³⁶

The company may choose "rarely be late" as a class label for assessing whether an employee is "good". In this case, those with lower incomes who usually live further away from their work would be at a disadvantage, even if they outperform other employees in other respects.³⁷

2) labeling of training data and (3) collection of training data

These two operations refer to two rather similar types of cases, the discrimination would derive in these hypotheses from the steps related to the processing of the algorithm training data.³⁸

According to point (2), the data are discriminatory not because they introduce new elements or correlations that lead to a similar result, but because they reproduce a discriminatory behavior already present in society. The classic example in this case is that of an English healthcare company that, faced with a significant number of candidates for some positions in its structure, decides to use a program to speed up the selection procedures. The program is trained using data from previous hires.³⁹

The result was that the program discriminated against certain social categories such as women and the non-indigenous population. In this case, no discriminating element was introduced, simply in the previous procedures someone had systematically discriminated against those particular social categories, consequently the data used for the training of the algorithm were already altered from the start.⁴⁰

Point (3), on the other hand, refers to the moment preceding the one just discussed, to the passage relating to the sampling of data to be used in the training of the algorithm.⁴¹

³⁶ F. Zuiderveen Borgesius, Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making, 11.

³⁷ Ibidem.

³⁸ S. Barocas, A.D. Selbst, 'Big Data's disparate impact', 680-1; F. Zuiderveen Borgesius, Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making, 11.

³⁹ This example can be find in S. Lowry, G. Macpherson, 'A blot on the profession' 296(6623) Br Med J (1988) 657.

⁴⁰ F. Zuiderveen Borgesius, Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making, 12.

⁴¹ . Barocas, A.D. Selbst, 'Big Data's disparate impact', 685; D. Robinson, L. Koepke. 'Stuck in a pattern' (2016) [https://www.upturn.org/static/reports/2016/stuck-in-a-pattern/files/Upturn - Stuck In a Pattern v.1.01.pdf](https://www.upturn.org/static/reports/2016/stuck-in-a-pattern/files/Upturn_-_Stuck_In_a_Pattern_v.1.01.pdf)

A useful example for this case concerns the Street Bump app, an app that uses users' GPS information to notify public administrations which roads need to be serviced. In this case, the sampling was distorted by the fact that the reports occurred on the streets where the number of smartphones was greater, therefore the streets of the more affluent neighborhoods received more assistance than those of the less affluent ones, where the percentage of new generation phones was inferior.⁴²

4) the selection of indicators

This operation takes up some aspects of point (II) on the creation of class labels, classifications through which the data are processed to allow the machine to elaborate them, sometimes this procedure can be too expensive or too long, for this reason particular details are chosen. characteristics that act as indicators for the algorithm, for example a particular type of education or some specialized course. However, these choices can result in discriminatory behaviors towards some social categories, if the algorithm is trained to prefer candidates from particularly expensive private universities, the less well-to-do individuals and those belonging to minorities who are statistically less present within the group will automatically be excluded from that kind of educational institutions.⁴³

5) Proxies

This point concerns the so-called proxies, those data that have been sampled to be used as training for the algorithm, but which are indirectly linked to particular social categories and can therefore lead to discriminatory behavior on the part of the machine. The data are, in this case, perfectly neutral and do not involve an upstream choice by the operators as in the previous point, these are data that can be linked to certain situations and therefore are called proxies, because the discriminatory result is not determined by effect of the data entered in the machine, but by the characteristics related to them.⁴⁴

An example can clarify this situation, imagine a bank that wants to predict the degree of solvency of its borrowers. Among the data that are entered into the algorithm, there are the postal codes, the machine will therefore tend to associate solvency percentages with respect to those who come from particular areas included in the post codes entered. If those areas

⁴² Federal Trade Commission. 'Big data: A tool for inclusion or exclusion? Understanding the issues' cit, 27. Per un approfondimento su temi delle politiche di sorveglianza al tempo dell'intelligenza artificiale, si veda A.G. Ferguson, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, New York, 2017.

⁴³ S. Barocas, A.D. Selbst, 'Big Data's disparate impact', 689.

⁴⁴ S. Barocas, A.D. Selbst, 'Big Data's disparate impact', 692.

are mainly inhabited by residents with lower income or of non-indigenous origin, a discriminatory result could occur.⁴⁵

6) voluntary algorithmic discrimination

Finally, the last case contemplates the most direct hypothesis in which the operators have a positive discriminatory intent at the basis of the use of the algorithm, in these cases they usually use proxies or incorrect data samples to allow discriminatory outcomes. that they want to obtain.⁴⁶

This whole frame is rather complicated, the type of algorithm functioning and the complexity of the decision-making process that involves it greatly complicates the legal regulation of the use of this type of software. In this sense, it appears difficult to follow an *ex post* approach on the issue because the use of general principles such as those set out above would not allow effective protection in different types of cases just treated. The principles of transparency and accountability alone would not make it possible to deal with discrimination implemented through proxies (point 5) because access to the algorithm would only reveal that no step in the decision-making process has been altered, even if the correlation with data considered neutral and social categories discriminated against demonstrates the opposite.⁴⁷

Equally, the principle of responsibility would be difficult to pursue since many of the cases listed would not allow to easily trace a separate person responsible in the case of a malicious behavior of the same. To deepen these arguments, it is good to refer to an analysis of the regulatory framework on the subject and a study of the decisions made on the subject, to see how substantial anti-discrimination protection develops and how it relates to the two approaches that have been highlighted.⁴⁸

⁴⁵ F. Zuiderveen Borgesius, Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making, 13.

⁴⁶ On voluntary algorithmic discrimination, see P. T. Kim, 'Data-driven discrimination at work', 857 J.Bryson, 'Three very different sources of bias in AI, and how to fix them', Adventures in NI, 13 July 2017, <https://joanna-bryson.blogspot.com/2017/07/three-very-different-sources-of-bias-in.html> ; B. Friedman, H. Nissenbaum, 'Bias in computer systems' (1996) 14(3) ACM Transactions on Information Systems (TOIS) 330.

⁴⁷ . A. Kroll et al., 'Accountable algorithms' 165 University of Pennsylvania Law Review (2016), 633-705.

⁴⁸ On this see D.R. Desai, JA. Kroll, Trust but Verify: A guide to Algorithms and the Law, 9 ff.

II.3 MULTILEVEL ANTI-DISCRIMINATION PROTECTION

The legislation on anti-discrimination, in the various Western legal systems, uses different tools, in particular in the legal systems that will be taken into consideration: the US and the European one. In both of these contexts there is talk of multilevel protections of subjective legal situations that are integrated in the protection of certain interests such as those relating to the substantial equality of individuals. Specifically, at the European level, two different sources of law can be distinguished, on the one hand there is the European Convention on Human Rights and on the other the Charter of Fundamental Rights, the directive on anti-discrimination and the GDPR regulation.⁴⁹

The convention governs the anti-discrimination protection in art. 14 of the Convention, which generally protects the enjoyment of rights without discrimination based on sex, race, color, language, religion, political or other opinions, national or social origin, belonging to a minority nationality, wealth, birth or any other condition. This provision is further strengthened by the provision of Protocol 12 to the Convention which reaffirms an all-encompassing protection in the anti-discrimination field, in addition to the list contained in art. 14.⁵⁰

The decisions of the Edu Court subsequently took on the task of defining the two main types of discrimination, the direct one that founds the difference in treatment in similar or similar situations based on identifiable characteristics. On the contrary, indirect discrimination arises through an action that is apparently neutral, but results in a discriminatory act against a particular social category. A study of the Court's judgments on the subject has shown that the regulation to protect indirect discrimination does not result in a simple application of a rule as in the case of direct discrimination.⁵¹

⁴⁹ ECRI Statute Resolution 2002: Council of Europe Committee of Ministers, Resolution Res(2002)8 on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805e255a ; European Group on Ethics in Science and New Technologies, 'Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems', March 2018, https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf ; Hacker P, 'Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law' (2018) 55 Common Market Law Review, Issue 4, pp. 1143–1185; N. Helberger , F. Zuiderveen Borgesius, A. Reyna, 'The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law', Common Market Law Review, 2017-54, 1427-1466.

⁵⁰ Several treaties and conventions provide anti-discrimination protection, the UN Universal Declaration of Human Rights (art. 7), the European Convention on Human Rights (art. 14) and the Protocol 12 to the Convention which has not yet been ratified by all members, the Fundamental Charter of Rights of the European Union (art. 21) which will be dealt with in this paragraph and the International Covenant of Civil and Political Rights (art. 26).

⁵¹ On this point, in the ECtHR decisions, see *Biao v. Denmark* (Grand Chamber), No. 38590/10, 24, 2016, par. 89; *D.H. and Others v. Czech Republic* (Grand Chamber), No. 57325/00, 2007, par. 187-188.

In the first case, reference is usually made to the concept of standard, to a more general concept which is more difficult to apply to the single substantial case. This is because it is not always easy to detect a case of indirect discrimination, even more so to be able to prove that a regulation, an act or in the case in question, an algorithmic decision-making process affects a specific social group disproportionately.⁵²

The picture is further complicated by the fact that not only is the burden of proof on the plaintiff is quite substantial, but it is also possible for the Court to balance the alleged discrimination against the existence of a policy or decision, that can be reasonably and objectively justified it.⁵³

A very similar discipline is that provided for by the EU law, the Fundamental Charter of Nice provides for a discipline that incorporates that of the ECHR, in art. 21, 1 reads "any form of discrimination based, in particular, on sex, race, skin color or ethnic or social origin, genetic characteristics, language, religion or personal beliefs, political opinions is prohibited or of any other nature, membership of a national minority, heritage, birth, disability, age or sexual orientation."⁵⁴

This prescription was subsequently positivized also in a series of directives starting from n. 43 of 2000. The established regime is essentially the mirror image of that established by the ECtHR; also in this case there is a direct discrimination of simple interpretation and an indirect one, which is distinguished by a more discretionary discipline.⁵⁵

The legislation provides, as previously seen with respect to the decisions of the Edu Court, the possibility for the defendant to free himself by demonstrating that the alleged discriminatory conduct took place in order to obtain a legitimate result and that the tools used to achieving this goal are necessary and proportionate; the principle of proportionality is also used in EU legislation as a tool to balance anti-discrimination protection with other interests.⁵⁶

⁵² On the concept of rules and standards see D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harvard Law Review* 8 (1976) 1685-1778; P. Schlag, *Rules and Standards*, 33 *UCLA L. Rev.* 379 (1985); C. Sunstein, 'Problems with rules' (1995) 83(4) *California Law Review* 953.

⁵³ On the balance of rights made by the ECtHR see *Biao v. Denmark* (Grand Chamber), No. 38590/10, 24, 2016, par. 91-2.

⁵⁴ Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 21.

⁵⁵ This distinction can be found in the European legislation on anti-discrimination, directive 2000/43 / EC which implements equal treatment between individuals regardless of race and ethnic origin, directive 2000/78 / EC which establishes a discipline on equality of treatment in the field of employment, 2004/113 / EC which regulates equal treatment in the context of access to goods and services and 2006/54 / EC which regulates equal opportunities and equal treatment between men and women in matters of employment and occupation.

⁵⁶ This point is the same in F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making*, 19 ff.

In such a condition it is more difficult to detect discrimination in the use of an algorithm. In this sector, the majority of discrimination is indirect, therefore it falls within the scope of greater discretion, it will therefore be more difficult to demonstrate the effectiveness of the discriminatory conduct and the responsibility of the defendants. Furthermore, the safeguard clause could allow them to free themselves by demonstrating that the algorithm, as it was developed, is configured as a necessary and proportionate tool to achieve that legitimate goal.⁵⁷

II.4 FIGHTING ALGORITHMIC DISCRIMINATION THROUGH THE LEGISLATION ON THE PROCESSING OF PERSONAL DATA

In the context of artificial intelligence, a regulation that can prove particularly useful in the context of the EU and the Council of Europe is that relating to the processing of personal data. In this field, the protection provided is less linked to general principles and more centered on individual rules that clearly govern the protection afforded by the right to privacy. The legislation promoted in the European context on the issue defines some principles such as transparency, integrity, responsibility and confidentiality, but bases its discipline on prescriptions that govern each step of the management of personal data: from collection to storage, from purpose to control the treatment.⁵⁸

This legislation can become extremely useful in the context of anti-discrimination protection precisely because it allows the various steps of the algorithmic decision-making process to be followed, on the one hand allowing operators to develop the software and train it according to a series of clear rules that can be easily applied and on the other hand, by providing the supervisory authorities with a control of the procedures that have been used. Both the EU Charter of Fundamental Rights and the Data Protection Convention 108 of the Council of Europe oblige member countries to have independent institutions

⁵⁷ On this see art.2 (2) b 2000/43/EC: "indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary." which is restated in the ECtHR decision *Biao v. Denmark* (Grand Chamber), No. 38590/10, 24 maggio 2016, par. 91-2: "A general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory even where it is not specifically aimed at that group and there is no discriminatory intent. This is only the case, however, if such policy or measure has no "objective and reasonable" justification"

⁵⁸ On the EU legislation on data protection, with particular reference to AI and Big Data, see European Data Protection Supervisor, 'Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy', March 2014, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf ; G. Buttarelli, Towards a New Digital Ethics: Data, Dignity and Technology, Speech before the Institute of International and European Affairs, Dublino, 2015, 1-4; F. Pizzetti (acura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit.

that guarantee the processing of personal data. These authorities must also be provided with all the supervisory and investigative powers that are necessary for the effective exercise of their mandate.⁵⁹

The regulation adopted by the EU in this field, the General Data Protection Regulation offers a series of provisions that go precisely in this direction, establishing that the supervisory authorities of the member countries can request information and access to the data processing system from those responsible of the processing, they can access the physical places where data management takes place and conduct audits on a particular use of artificial intelligence.⁶⁰ In terms of algorithmic decision-making processes, the GDPR has prepared a series of rules starting with art. 22, which deals with those decisions taken with the sole aid of algorithms and for which: "The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her "(1).⁶¹

In other words, anyone who submits to any decision, which contemplates the processing of personal data and has direct legal effects (or similar), has the right that this does not take place with the sole aid of an automatic data processing procedure.

The denial of welfare or pension benefits, or a ruling by a judicial body or a public administration that bases its decision exclusively on an algorithmic process gives rise to a right to appeal against it. It is interesting to note how this protection also applies in cases of *profiling*.⁶²

⁵⁹ H. Collins, T. Khaitan, 'Indirect discrimination law: Controversies and critical questions' in Collins, H. and T. Khaitan (eds), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford 2018.

⁶⁰ On the relation between anti-discrimination law and GDPR, see W. Schreurs, M. Hildebrandt, E. Kindt, M. Vanfleteren, 'Cogitas, ergo sum. The role of data protection law and non-discrimination law in group profiling in the private sector' in *Profiling the European citizen Heidelberg*, Berlino, 2008; P. Hacker, 'Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law' 1143 ff.; F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making*, 21.

⁶¹ Art. 21 GDPR (UE) 2016/679. On this see I. Mendoza, L. A. Bygrave 'The right not to be subject to automated decisions based on profiling', University of Oslo Research paper no. 2017-20, (2017). Sia sul tema in generale, che con specifico riferimento alla discriminazione in tema di online pricing, si veda F. Zuiderveen Borgesius, J. Poort, 'Online price discrimination and EU data privacy law', *Journal of Consumer Policy*, 2017, p. 1-20. <https://ssrn.com/abstract=3009188>

⁶² Art.4(4) GDPR defines profiling as "any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements;" On this see, S. Wachter 'Normative challenges of identification in the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR', *Computer Law & Security Review*, Volume 34, Issue 3, June 2018, 436-449; O. De Schutter, J. Ringelheim, 'Ethnic profiling: A rising challenge for European human rights law', 358 ff.; B. E. Harcourt, *Against prediction: Profiling, policing, and punishing in an actuarial age* Chicago, 2008.

Art. 22 establishes exceptions to the rule set out in par. 1, the prohibition does not apply if the automated decision (i) is based on the explicit consent of the interested party; (ii) it is necessary for a contract between the natural person and the data controller; or (iii) this is authorized by law. However, the first two cases trigger the application of another discipline for which the data controller is required to implement adequate measures to safeguard the rights, freedoms and legitimate interests of the data subject and at least the right to obtain intervention by the data controller and to contest the decision (Article 22 par.3 GDPR).⁶³

This prediction becomes extremely interesting because it allows the possibility of resorting to decisions expressed exclusively through algorithmic procedures that may have compressed the rights of the subjects involved by them. Some authors have worked on the idea of an algorithmic due process that protects certain fundamental freedoms and rights of individuals with regard to such decision-making process.⁶⁴

Alongside this specific provision, the GDPR provides for further more general protection mechanisms such as the "right to lodge a complaint with a supervisory authority" (Article 77 of the GDPR), which individuals can exercise in their place of residence, workplace or place of the alleged violation. The "right to an effective judicial remedy against a supervisory authority" (Article 78 GDPR), which can be asserted against any supervisory authority that "does not handle a complaint or does not inform the data subject within three months of the progress or on the outcome of the complaint presented. "The" right to an effective judicial remedy against a data controller or processor "(Article 79 GDPR) which, in the case of multiple data processors and / or data processors, specifies that each party of the violation is responsible (see Par. 4).⁶⁵

⁶³ F. Zuiderveen Borgesius, Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making, 22. Sulla possibilità di regolamentare questo ambito, P. De Hert, S. Gutwirth, 'Regulating profiling in a democratic constitutional state' in M. Hildebrandt M, S. Gutwirth (a cura di), Profiling the European Citizen, Heidelberg, Berlino, 2008.

⁶⁴ On the concept of *algorithmic due process* see M. Kaminski, 'Binary governance: A two-part approach to accountable algorithms' (2018). 92 S. Calif. L. Rev.; Sullo stesso punto, si parla più in generale di *technological due process*, K. Citron, 'Technological due process' (2007) 85 Wash.UL Rev. 1249.

⁶⁵ On the potential of the GDPR on contrasting algorithmic discrimination, see B. Goodman, 'Discrimination, data sanitisation and auditing in the European Union's General Data Protection Regulation' (2016) 2 Eur.Data Prot.L.Rev. 493; S. Wachter, 'Normative challenges of identification in the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR, 436 ff.; S. Wachter, B. Mittelstadt, 'A right to reasonable inferences: Re-thinking data protection law in the age of Big Data and AI', 1 ff. Nell'ambito del Consiglio d'Europa si veda, A. Mantelero, 'Artificial Intelligence and data protection: Challenges and possible remedies', draft report for the Council of Europe's Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 17 September 2018, T-PD(2018)09Rev <https://rm.coe.int/report-on-artificial-intelligence-artificial-intelligence-and-data-pro/16808d78c9> ;

The "right to compensation and liability" (Article 82 GDPR), which creates the obligation for both data processors and data controllers to compensate "any person who has suffered material or immaterial damage as a result of [their] violation of this regulation".⁶⁶

From these rules it can be inferred that a greater effort has been made in an attempt to regulate the use of algorithms in the field of personal data protection and that a more effective anti-discrimination protection is possible according to this legislation. Also in the context of the general principles to which it has already referred, the need was felt to decline the concept of transparency specifically for cases relating to algorithmic decision-making processes, Articles 13 paragraph 2 lett. F and Article 14 paragraph 2 letter F regulate the obligations of the data controller towards those affected by an automated decision-making process, including profiling and, among which, the communication of all significant information on the logic used, as well as the importance and expected consequences of such processing towards the interested parties themselves.⁶⁷

There still remains a topic of discussion whether these obligations give rise to a right of explanation for the subjects involved in the decision by virtue of which it is possible to request clarification with respect to any result identified with the aid of artificial intelligence. This would oblige operators to implement those steps required by IT transparency and would allow the parties involved to have technical information through which to try to understand the steps of the decision-making process, on this point the Data Protection Convention 108 of the Board of Directors is clearer. Europe of 2018 which in art. 9 provides for a right of this type: "Every individual shall have a right (...) to obtain, on request, knowledge of the reasoning underlying data processing where the results of such processing are applied to him or her".⁶⁸

The legislation on the protection of personal data offers a more articulated guarantee against decisions involving artificial intelligence, the treatment tends to be based not only on general principles, which are more difficult to apply to the various technical cases that may occur at " within an algorithmic decision-making process, but also on the work carried out by the guarantor authorities who can develop sector regulations or codes of conduct in

⁶⁶ artt. 77, 78, 79, 82 GDPR (UE) 2016/679.

⁶⁷ See F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making*, 23.

⁶⁸ Art. 9 Council of Europe Data protection Convention 108 (2018). Council of Europe Police and Personal Data Guide 2018, Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 'Practical guide on the use of personal data in the police sector', T-PD(2018)01, 15 febbraio 2018.

specific areas that allow greater versatility of the rules prepared, which are thus able to relate substantially with the IT characteristics covered by the algorithms.⁶⁹

However, these positive aspects are mitigated by a series of objections that the doctrine on the subject has put in place with respect to anti-discrimination protection through the protection of personal data. Firstly, the discipline in question can be used only in the event that the algorithmic decision-making process manages personal data.

In the event that data classified as such are not involved, it is not possible to appeal to the data protection authority or rely on the legislation. For example, many of the data we referred to in the cases set out in the previous paragraph: the ZIP code, the course of study, but above all because the training algorithm that creates the predictive model does not use personal data, it elaborates a decision-making process on the general data base: the majority of residents in a particular zip code do not diligently fulfill loan contracts.⁷⁰

The same special protection relating to sensitive data can in some cases be an obstacle to the anti-discrimination one. The legislation on the processing of these data means that they cannot be held on the part of the operators who develop the algorithm, on the other hand, the discriminatory regulation often requires that the data be in the possession of the organization that processes the algorithmic decision-making process.⁷¹

Another remark concerns the so-called right of explanation, it is often difficult to explain the logic behind a decision, when an artificial intelligence system, analyzing large amounts of data, arrives at that decision. In some cases, it is not clear how much an explanation could help the stakeholders, especially to the extent that it places the burden of understanding the decision itself and its adequacy on them.⁷²

⁶⁹ See S. Bornstein, *Antidiscriminatory algorithms*, 522 ff.; J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan, C. Sunstein, *Discrimination in the age of algorithms*, 5.

⁷⁰ On the limits of the data protection regulations; S. Wachter, B. Mittelstadt, 'A right to reasonable inferences: Re-thinking data protection law in the age of Big Data and AI', 81 ss; M. Ananny M K. Crawford, 'Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability' (2018) 20(3) *New Media & Society* 973.

⁷¹ On this point see G. Malgieri, G. Comandé, 'Why a right to legibility of automated decision-making exists in the general data protection regulation' (2017) *International Data Privacy Law*; J. Ringelheim O. De Schutter, 'The processing of racial and ethnic data in antidiscrimination policies: Reconciling the promotion of equality with privacy rights' (2009) *Brussels*.

⁷² In this field see, L. Edwards, M. Veale, 'Slave to the algorithm: Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for' (2017) 16 *Duke L. & Tech. Rev.* 18. Id., 'Enslaving the algorithm: from a "right to an explanation" to a "right to better decisions"?' *IEEE Security & Privacy*, 2018, 16(3), 46-54; M. Kaminski, 'The right to explanation, explained' (2018). <https://osf.io/preprints/lawarxiv/rgeus/>; G. Malgieri G, 'Right to explanation and algorithm legibility in the EU Member States legislations', 17 August 2018, <https://ssrn.com/abstract=3233611>; A.D. Selbst, J Powles, 'Meaningful information and the right to explanation' (2017) 7(4) *International Data Privacy Law* 233; S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, 'Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation', *International Data Privacy Law* 2017-2.

II.5 OTHER EXAMPLES OF REGULATIONS AT THE EUROPEAN LEVEL

Anti-discrimination protection in the field of artificial intelligence can also make use of other regulatory areas that can mitigate the problems related to discrimination. For example, consumer law could be invoked to protect individuals from certain types of manipulative advertising managed through the use of algorithms. The discriminatory conduct of a company causes more problems when it operates in a monopoly position, competition law could therefore intervene in this context. Administrative law becomes fundamental in regulating the use of algorithmic decision-making processes within the public administration.⁷³

The use of these fields of law in the field of artificial intelligence is largely unexplored. An exhaustive discussion of these sectors is outside the scope of this text.⁷⁴

Several regulatory measures are currently being studied that could be relevant to discrimination in the field of artificial intelligence. In 2018, the European Commission published a communication on this topic and set up a group of experts, which has the task of presenting ethical guidelines on the basis of which to regulate this field. Furthermore, in 2017 the Commission proposed a regulation for the protection of internet privacy (ePrivacy), which could be relevant for artificial intelligence in general and for machine learning software in particular as it would limit the collection of certain types of data sensitive in the network.⁷⁵

The Steering Committee of the Council of Europe on the Media and Information Society has established a committee of experts on artificial intelligence: the committee of experts on the human rights dimensions of automated data processing and on the different forms

⁷³ On anti-discrimination protection through competition law, A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition*, Cambridge, 2016; I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and online platforms: Data as essential facility* (Kluwer Law International 2016); Id., 'Algorithms and fairness: What role for competition law in targeting price discrimination towards end consumers?' (2017) <https://ssrn.com/abstract=3090360>. In the context of Italian administrative law, the recent ruling of the Council of State on the subject, no. 2270, April 8, 2019, according to which the robotic algorithmic decision-making process "requires the judge to evaluate the correctness of the automated process in all its components"; R. Ferrara, *The administrative judge and the algorithms* *Extemporaneous Notes on the sidelines of a recent jurisprudential debate*, *Administrative Law*, fasc. 4, 1 December 2019, 773 ff.

⁷⁴ On this see, C. Buzzacchi, *La politica europea per i big data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?* in *Concorrenza e mercato*, 2016, 153; G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale: innovazione, concorrenza, benessere dei consumatori, accesso alle informazioni*, Milano, 2015; I. Govaere, H. Ullrich (a cura di), *Intellectual Property, Market Power and the Public Interest* Bruxelles, 2008.

⁷⁵ European Group on Ethics in Science and New Technologies, 'Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems', March 2018, https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf

of artificial intelligence. The panel of experts will conduct studies and provide guidance for possible future standard setting.⁷⁶

II.6 ANTI-DISCRIMINATION PROTECTION IN THE UNITED STATES OF AMERICA IN RELATION TO THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Anti-discrimination in the American legal world is a particularly developed tool capable of adapting over the years to the various fields of application. At the federal constitutional level, the focus of protection revolves around the equal protection clause contained within the XIV amendment, which guarantees equal protection to all individuals by the law. This requirement was aimed at protecting the rights of individuals vis-à-vis the federated states, at the federal level, equal protection by the fifth amendment to the constitution is guaranteed by the jurisprudence of the Supreme Court. This constitutional requirement allowed the introduction of a series of regulatory instruments at both national and state level to protect the social categories most exposed to discriminatory treatment. In particular, it is good to remember the Civil Right Act of 1964 which recognizes general protection against all types of discrimination, with particular reference to the subject of this paper, Title VII provides for a compensation guarantee against all forms of indirect discrimination (disparate treatment).⁷⁷

The US legal system, despite the vanguard position of the national industry in the field of artificial intelligence, does not have a general legislation on the subject. The regulatory production mainly concerned a couple of executive orders from the Obama and Trump administrations that mainly outlined industrial plans in the field of artificial intelligence, some regulations of certain sectors such as that relating to driverless cars and a series of proposed bills presented in front of Congress and waiting to be voted on.⁷⁸

Of the latter, the most prominent examples were the Senate and House Bills for Algorithmic Accountability Act (S. 1108, HR2231) which were introduced to Congress on April 10, 2019, likely in response to recently publicized reports. on the risks of distorted results produced by the use of intelligence artificial.⁷⁹ The bill aims to require private actors

⁷⁶ Council of Europe MSI-AUT 2018, Council of Europe Committee of experts on Human Rights Dimensions of automated data processing and different forms of artificial intelligence, [https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/msi-aut#{"32639232":\[0\]}](https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/msi-aut#{) .

⁷⁷ On this point in relation to algorithmic decision-making processes see, S. Bornstein, Antidiscriminatory algorithms, cit. 525 ff.

⁷⁸ Executive Office of the President National Science and Technology Council, Committee on Technology, "Preparing for the Future of Artificial Intelligence", October 2016. This first Obama administration document was followed by an executive order from the Trump administration, Exec. Order No. 13,859, 3 C.F.R. 396 (2019).

⁷⁹ Algorithmic Accountability Act of 2019, S. 1108, H.R. 2231, 116th Cong. (2019). On this, S. Revanur, In a Historic Step Toward Safer AI, Democratic Lawmakers Propose Algorithmic Accountability Act,

and public entities to conduct impact assessments on their automated decision-making systems considered "high-risk" in order to verify how the algorithmic decision-making process relates to the general principles of accuracy, fairness, privacy and security.⁸⁰ The proposal also provides that such assessments should be conducted by external third parties, including independent auditors and technology experts.⁸¹

The bill also defines algorithmic decision making in a broad sense as "any computational procedure, including that derived from the learning machine, statistics or other data processing or artificial intelligence techniques, which make a decision or facilitate decision making. human beings, which have an impact on consumers. "⁸²

The Algorithmic Accountability Act would operate in a federal setting and would not contradict any state law, which means that private operators would have to remain vigilant to keep up with any development of state law on similar topics. The bill also does not provide for the possibility of a judicial remedy by individuals, the protection in this case is implemented by the Federal Trade Commission, pursuant to sect. 5 of the Federal Trade Commission Act on competition and unfair practices, or by the attorney general of the competent state through a civil appeal.

This legislation requires organizations employing artificial intelligence to conduct impact assessments similar to those proposed by the federal bill on algorithmic decision making and information systems. This verification implies an evaluation of the system development process, including the component relating to its design and training data, must contain a detailed description of the best practices used to minimize risks and a cost-benefit analysis.⁸³

The proposal also requires organizations employing automated systems to work with independent third parties, record any bias or threat to the security of consumers' personal data that are identified through impact assessments and provide any other information requested by the Director of the Business Division. Consumers of the Department of Law and Public Safety. At the state level, there is a growing trend among state and local legislators to consider regulations capable of regulating the use of artificial intelligence by government agencies.⁸⁴ In this regard, the State of New Jersey has introduced the New

Medium (20 aprile 2019), <https://medium.com/@sneharevanur/in-a-historic-step-toward-safer-ai-democratic-lawmakers-propose-algorithmic-accountability-act-86c44ef5326d> .

⁸⁰ Algorithmic Accountability Act (2019) par. 2 c. 2 e 3 lett. (b).

⁸¹ Algorithmic Accountability Act (2019) par. 3 lett. (b)(1)(C)

⁸² The definition of algorithmic decision process is in par. 2.1.

⁸³ J. Tail et al., Proposed Algorithmic Accountability Act Targets Bias in Artificial Intelligence, JD Supra (27 giugno 2019), <https://www.jdsupra.com/legalnews/proposed-algorithmic-accountability-act-70186>

⁸⁴ . Kelly, Y. Chae, Insight: AI Regulations Aim at Eliminating Bias, Bloomberg Law (31 maggio, 2019), <https://news.bloomberglaw.com/tech-and-telecom-law/insight-ai-regulations-aim-at-eliminating-bias>

Jersey Algorithmic Accountability Act⁸⁵ which incorporates many aspects of the federal bill. Already at the beginning of 2018, the city of New York issued the first regulation on algorithmic accountability in the United States of America, a local regulation of the automated decision-making systems used by independent agencies in the metropolis. "(Int. N. 1696-2017)⁸⁶. In January 2019, the State of Washington introduced two legislations to protect against algorithmic discrimination, although these are also limited to governmental entities.⁸⁷ In February 2019, California introduced a draft of law, SB 444, by virtue of which private entities that rely on artificial intelligence for the delivery of a product to a public entity are required to disclose to this entity all the measures taken in order to reduce the possible distortions present in the internal algorithm used.⁸⁸

III. ALGORITHMIC DISCRIMINATION IN PRACTICE: A SERIES OF SUBSTANTIVE CASES

An exhaustive study of this issue cannot be achieved without an in-depth study of some substantial cases that concerned the discriminatory protection with respect to the use of algorithms within the decision-making processes developed by the public administration or by private actors. As illustrated in the previous section, the case history is quite wide and it is not possible to analyze it in an exhaustive way, for this reason, this part will focus on three categories concerning the selection of employees and students, online advertising and price discrimination. It is obvious that this examination excludes some very relevant areas such as public safety, automatic translations, the search for images on the network and the automatic completion of search engines.

Selection and evaluation of public employees

It has been showed how artificial intelligence can be used to select potential employees or students. As the example analyzed above relating to the Med School in the UK showed, an algorithmic decision-making process could result in the discrimination of particular social categories. due to the use of distorted data. A similar case involved Amazon⁸⁹ employing an artificial intelligence system to select candidates for job positions in the company, programmers had trained it to find templates in resumes sent to IT technicians in the previous ten years, most of the time. which, due to the demographics of those holding

⁸⁵ New Jersey Algorithmic Accountability Act, A.B. 5430, 218th Leg., 2019 Reg. Sess. (N.J. 2019)

⁸⁶ Int. No. 1696-2017 (N.Y.C. 2018).

⁸⁷ S.B. 5527, H.B. 1655, 66th Leg., 2019 Reg. Sess. (Wash. 2019).

⁸⁸ S.B. 444, 2019 Reg. Sess. (Cal. 2019).

⁸⁹ J. Dastin, Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women, Reuters (October 9, 2018), <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automationinsight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>

those jobs, came from male candidates. Consequently the algorithm had developed a model that led him to prefer male candidates, so any sentence that included the word "woman" or its derivations resulted in the automatic exclusion of the curriculum of the candidate.⁹⁰ In the case of Amazon, the company has settled the dispute by setting aside the software in the impossibility of excluding any possible discriminatory outcome of the algorithmic decision-making process, in other cases distinguishing the extent of some data is much more difficult, consequently proving any discriminatory effects becomes complicated. In this sense, the case of *McKinzy v. Union Pacific*⁹¹, in which the plaintiff, a candidate for a job position sued the potential employer, on the basis of alleged racial discrimination by the algorithm.⁹² The proceeding established that the company had used an algorithm to evaluate the resume of the plaintiff, who claimed to have been excluded due to his ethnic origin, the defense of Union Pacific provided data relating to the work experience of the 'actor, pointing out that McKinzy was not qualified for the open position according to data that did not take into account ethnicity. The court ruled in favor of Union Pacific precisely because of its ability to justify the candidate's rejection on the basis of neutral criteria.⁹³ We have seen above how similar criteria can in any case lead to an indirect discriminatory result if they are connected (proxies) with characteristics relating to certain social categories. With respect to indirect discrimination, we have already had the opportunity to talk about how both the Edu Court and the EU directives⁹⁴ allow the exception of the pursuit of a legitimate and necessary objective. In this sense, the Supreme Court of the United States⁹⁵ had already paved the way with the theory of "business necessity", according to which, if an employer can demonstrate that a particular measure or company policy is necessary for the conduct of the business also if this involves the occurrence of indirect discrimination. With reference to cases of algorithmic discrimination, this defense could apply if the employer can demonstrate that the data an algorithm relies on is a "business necessity" or, in other words, is statistically correlated to proper management of the company.

⁹⁰ The importance of the case is well explained in S. Bornstein, Antidiscriminatory algorithms. 521.

⁹¹ *McKinzy v. Union Pac. R.R.*, 2010WL3700546(2010).

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *EcHR, D.H. and Others v. Czech Republic* (Grand Chamber), No. 57325/00, 13 November 2007, par. 187-188; art. 2 c. 2, direttiva 2000/43/EC.

⁹⁵ The theory of business necessity was elaborated in the decision *Griggs v. Duke Power Co.*, 401U.S.424 (1971). See on the question I. Ajunwa, *Automated Hiring*, 41-2. The use of statistical data to prove the business need is recalled both by Ajunwa with regard to the Supreme Court, and by F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making*, cit., 19 with regard to the Edu Court and EU legislation.

Online advertising

Artificial intelligence is employed for targeted online advertising, it is a profitable sector for some companies, especially Facebook and Google derive most of their profits from this type of advertising. In this field, the algorithm processes the data provided by users through their interactions to propose tailor-made advertising messages. This use of artificial intelligence was reported because it was particularly exposed to discriminatory practices, already in 2013 it was shown how people who searched for names of African American descent, were exposed by the Google search engine to advertisements for recipients of criminal convictions or police history. On the contrary, if you entered names of Caucasian origin, the same search engine identified a significantly lower number of advertisements connected to the judicial records of the recipients. Presumably, the artificial intelligence system that manages Google's search engine analyzed data relating to users' online searches and derived a racial bias with respect to the results to be shown to them.⁹⁶

In 2015, a study conducted by researchers developed a simulation in which users of the Google search engine, who self-declared themselves male or female in the settings, carried out identical online searches on the platform. The researchers then analyzed the ads presented by the algorithm. Google displayed advertisements to male users from a certain consulting agency that promised high salaries significantly more frequently than those offered to female sim users with discriminatory effects. The study also noted that it is not possible to identify the reason why the simulated female users were shown fewer advertisements for higher-wage jobs, due to the opacity of the automatic system that manages the platform and processes the various data entered by users; the interactions between Google, advertisers, websites and users do not allow us to trace the functioning of the algorithm that regulates the appearance of the ads.⁹⁷

This is an example where the black box logic surrounding AI systems makes it harder to uncover discrimination and its causes. Individuals could be discriminated against without being aware of it. If an algorithm targets job ads only to men, women may not realize they are excluded from the advertising campaign.⁹⁸

Another interesting case concerned the methods of insertion of advertisements proposed by the Facebook platform. The social network has allowed advertisers to target

⁹⁶ L. Sweeney, 'Discrimination in online ad delivery' (2013) 11(3) ACM Queue 10.

⁹⁷ A. Datta, M. C. Tschantz, A. Datta, 'Automated experiments on ad privacy settings' (2015) 2015(1) Proceedings on Privacy Enhancing Technologies 92. <https://www.andrew.cmu.edu/user/danupam/dtd-pets15.pdf>; A. Datta et al., 'Discrimination in online advertising: A multidisciplinary inquiry' (Conference on Fairness, Accountability and Transparency 2018) 20. <http://proceedings.mlr.press/v81/datta18a.html>

⁹⁸ C. Jernigan, B. F. Mistree, 'Gaydar: Facebook friendships expose sexual orientation' (2009) 14(10) First Monday <https://firstmonday.org/article/view/2611/2302>.

advertisements to users on the basis of a series of sensitive data processed by its algorithm such as, for example, data relating to sexual preferences.⁹⁹ The Dutch data protection authority has launched an investigation in this area and has recorded a series of false profiles on the platform indicating, among the various information requested, the category "men that are interested in other men"¹⁰⁰. All of the registered profiles did not engage in further interactions on the platform and were exposed to targeted advertising campaigns for that specific category, one by a dating site, the other by an advertiser created by the Guarantor himself to verify operation. of the mechanism: "Therefore it is a fact that the Facebook group has derived the aspect 'men interested in men' from the contents of the profile of the investigation accounts. The selection by the Facebook group of these data subjects based on their sexual preferences for advertising purposes has to be qualified as processing of special categories of data ... "¹⁰¹

A further aspect relating to advertisements on the social network Facebook was the subject of a proceeding before US federal courts. The platform allowed advertisers, through some choice menus called "ethnic affinity" on the Facebook Ad interface, to exclude a series of social categories such as the population of African or Hispanic descent from displaying ads.¹⁰² The platform also allowed the exclusion of specific groups of individuals such as "women in the workforce,"; "moms of grade school kids,"; "foreigners"; "Puerto Rico Islanders", or subjects interested in "parenting," "accessibility"; "Service animal"; "Hijab Fashion"; "Hispanic Culture" or the advertising of job advertisements only to people of a certain age group.¹⁰³ A study by Spanish researchers showed that Facebook labels 73% of EU users using classifications based on sensitive data such as "Islam", "reproductive health"

⁹⁹ 'Dutch data protection authority: Facebook violates privacy law', 16 May 2017, <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/news/dutch-data-protection-authority-facebook-violates-privacy-law>

¹⁰⁰ Dutch Data Protection Authority, 'Informal English translation of the conclusions of the Dutch Data Protection Authority in its final report of findings about its investigation into the processing of personal data by the Facebook group, 23 February 2017', https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/conclusions_facebook_february_23_2017.pdf, 3

¹⁰¹ Ibidem

¹⁰² On this point J. Angwin et al., 'Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks'. ProPublica, Maggio 2016 <https://www.ProPublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. J. Angwin, A. Tobin, M. Varner, 'Facebook (still) letting housing advertisers exclude users by race', ProPublica, Novembre 2017 <https://www.propublica.org/article/facebook-advertising-discrimination-housing-race-sex-national-origin>.

¹⁰³ J. Angwin, N. Scheiber A. Tobin, 'Dozens of companies are using Facebook to exclude older workers from job ads', ProPublica, Dicembre 2017 <https://www.propublica.org/article/facebook-ads-age-discrimination-targeting>

and "homosexuality" in order to give advertisers more opportunities to target own advertisements.¹⁰⁴

On the basis of these findings, a series of non-profit organizations operating in the field of housing rights and anti-discrimination protection in the real estate market have sued Facebook¹⁰⁵ for violating the Fair Housing Act which prescribes that "[t]o make, print, or publish, or cause to be made, printed, or published any notice, statement, or advertisement, with respect to the sale or rental of a dwelling that indicates any preference, limitation, or discrimination based on race, color, religion, sex, handicap, familial status, or national origin, or an intention to make any such preference, limitation, or discrimination "¹⁰⁶. The appeal essentially alleged three discriminatory behaviors on the part of the platform: 1) The ability for advertisers to include or exclude Facebook users from receiving ads based on their gender or age, or based on interests, behavior or demographics. presumed to be related or associated with race, national origin, sex, age, disability or family status; 2) The ability for advertisers to define a narrow geographic area for ad audience that could presumably have a negative impact based on race or national origin; 3) the possible use of the computer tool Lookalike Audience by advertisers which would have allowed the creation of audience segments among Facebook users according to dynamics capable of having a negative impact on various groups, also based on gender, race and age.¹⁰⁷

The parties have decided to reach an out-of-court settlement¹⁰⁸ based on a series of behaviors that the defendant has agreed to adopt to amend the discriminatory practices cited in the appeal, including: a) the platform will create a separate advertising portal for the creation of classifieds for housing, employment and credit ("HEC") on Facebook, Instagram and Messenger which will have limited targeting options, to prevent discrimination; b) Facebook will develop a webpage where Facebook users can search and view all accommodation ads that have been placed by advertisers for renting and selling accommodation regardless of whether users have received such property listings on their wall ; c) the platform will require advertisers to certify compliance with Facebook's policies prohibiting discrimination and all applicable anti-discrimination laws; d) Facebook will allow plaintiffs to verify the testing of the platform to ensure that the changes established by the agreement are effectively implemented; f) Finally, Facebook will engage academics,

¹⁰⁴ This study is available online J. G.Cabañas, Á. Cuevas, R. Cuevas, A. Arrate, 'Facebook use of sensitive data for advertising in Europe' (2018) <https://arxiv.org/pdf/1907.10672.pdf>.

¹⁰⁵ NFHA v. Facebook complaint, Case 1:18-cv-02689 (June 25 2018).

¹⁰⁶ 42 U.S.C. § 3604(c).

¹⁰⁷ NFHA v. Facebook complaint, Case 1:18-cv-02689 (June 25 2018). <https://nationalfairhousing.org/wp-content/uploads/2019/03/2018-06-25-NFHA-v.-Facebook.-First-Amended-Complaint.pdf>.

¹⁰⁸ NFHA v. Facebook settlement agreement (March 18 2019), <https://nationalfairhousing.org/wp-content/uploads/2019/03/FINAL-SIGNED-NFHA-FB-Settlement-Agreement-00368652x9CCC2.pdf>.

researchers, civil society experts, civil rights / liberties and privacy advocates (including plaintiffs) to investigate the potential for unintended bias in the algorithmic modeling used by social media platforms.¹⁰⁹

An appeal was filed by the Housing and Urban Development Department of the United States of America based on the same findings as the case just reported.¹¹⁰ With a summons in the summer of 2019, the Federal Department sued the Facebook platform for the violation of the Fair Housing Act. The fate of this dispute is not known to date, the discriminatory practices referred to extend up to the first quarter of 2020.¹¹¹

Price discrimination

Artificial intelligence makes it possible to classify customers and consequently to differentiate the price for identical products based on the data collected. This practice is called price differentiation and consists in identifying the "highest value that the potential buyer intends to pay for the purchase of the product or service and thus determines an erosion of the consumer surplus which can constitute a characteristic element of the market based on data analysis"¹¹² A company can develop an algorithm which, through cookies and other data deriving from interactions with users, classifies them as sensitive (or insensitive) to the price. These two categories are then used to charge each consumer the maximum price he is willing to pay.¹¹³

Princeton Review, a US company that offers online tutoring services, has charged different prices in different areas of the United States for identical costs for providing its service throughout the United States.¹¹⁴ One study found that the algorithmic system that handled the company's price differentiation resulted in higher fares for people of Asian descent: Customers in geographic areas with a high density of Asian residents had stronger chance to receive higher prices, regardless of their income.¹¹⁵ According to the same researchers, in this case the company engaged in a completely involuntary discriminatory behavior, probably, the differentiation of prices was tested in different geographical areas and when

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ 42 U.S.C. § 3604(c).

¹¹¹ HUD v. Facebook complaint, si può consultare il documento all'indirizzo elettronico https://cdn.theatlantic.com/assets/media/files/hud_v_facebook.pdf

¹¹² A. Ottolia, Big Data e innovazione computazionale, Torino, 2017, 316; D.M. Kochelek, Data Mining and Antitrust, in Harv. J.L. & Tech., 2009, 22, 515 ff.

¹¹³ M. Maggiolino, Big Data e prezzi personalizzati, in Concorrenza e Mercato, 2016, 95 ff.

¹¹⁴ F. Zuiderveen Borgesius, Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making, 16.

¹¹⁵ J. Angwin, S. Mattu, J. Larson, 'The tiger mom tax: Asians are nearly twice as likely to get a higher price from Princeton Review' (2015) ProPublica. <https://www.ProPublica.org/article/asians-nearly-twice-as-likely-to-get-higher-price-from-princeton-review>.

the algorithm learned that in some of these areas, individuals were buying the same amount of services even at higher prices continued to update the price to maximize the surplus based on demand. In practice, however, this has meant that some ethnic groups have paid more for the same service than others.¹¹⁶

The study of these substantial cases has, in some way, strengthened the idea of the dualism between the *ex ante* and *ex post* approaches. The second, which is articulated on the basis of general principles that must be applied to the various concrete situations, proves to be too abstract and difficult to use in a context such as that of new technologies, where flexible rules are necessary and capable of adapting to all possible developments of the technique. The *ex ante* approach, on the other hand, has several uses because it tries to concretely regulate many of the scenarios that can occur in the use of artificial intelligence. In this sense, regulations, codes of conduct and guidelines are essential that can be useful both to programmers when developing the algorithmic system, and to the supervisory authorities, in the exercise of their powers. As it clearly emerged, almost all cases were resolved through cooperation between the public or private organization that developed the algorithm and the supervisory authority or its counterpart in the proceedings. The case of the Dutch data protection authority and housing associations demonstrates how the search for an agreement between the parties, where possible, allows for greater effectiveness of anti-discrimination protection and favoring its greater implementation.

BY WAY OF CONCLUSION

It is difficult to draw a definitive picture of a discipline that is still in full evolution. Technological development in the field of artificial intelligence is rapidly expanding and law, by its very nature, is struggling to keep up. The two approaches that have been used to present the anti-discrimination discipline with respect to the use of algorithms represent the basis on which this effort is being addressed. As mentioned, the *ex ante* approach is often preferable, especially in those contexts where it is possible to intervene with independent authorities such as the data protection authorities who are able to specify the regulatory material to adapt it to different realities. In those areas where such cooperation is more difficult, the *ex post* approach can make up for any gaps in the regulation. A synergy between standards and specific rules seems to be the best way to extend effective anti-discrimination protection to algorithmic decision-making processes.

¹¹⁶ J. Larson, S. Mattu, J. Angwin, 'Unintended consequences of geographic targeting', Technology Science 2015. <https://techscience.org/a/2015090103/>

RELIGIOUS EDUCATION IN PUBLIC SCHOOLS AND MINORITY RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY OF ITALY AND TURKEY

Anna Parrilli

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION; I. CATHOLIC RELIGIOUS EDUCATION IN ITALIAN PUBLIC SCHOOLS' CURRICULUM; II. MANDATORY "RELIGIOUS CULTURE AND ETHICS" CLASSES IN TURKEY; III. THE RIGHT TO "OPT-IN" V. EXEMPTION RIGHTS; IV. NON-CATHOLIC RELIGIOUS EDUCATION IN ITALY: THE SYSTEM OF AGREEMENTS (INTESE) AND THE SITUATION OF ISLAM; V. RELIGIOUS EDUCATION AND MUSLIM MINORITIES IN TURKEY: THE ALEVIS.

The essay deals with religious education in public schools in Italy and Turkey in the light of the principle of State secularism, the strong religious roots of both countries, and growing religious pluralism in the society. The aim is to reflect on some major challenges religious teaching poses, to various forms, in public school curricula and to assesses whether the existing legal frameworks are capable of facing the challenges of religious diversity.

INTRODUCTION

Religious education in public schools reflects the attitude of the States towards religion and religious denominations.¹ Supplying students with religious studies, however, raises questions about the proper balance between children (and parental) educational rights, freedom of religion and belief, and the prohibition of discrimination on religious grounds. Moreover, the presence (or lack) of denominational teachings in public schools constitutes a highly controversial issue when religious minorities and atheists are involved.

Against this background, the essay deals with religious education in public schools in Italy and Turkey in the light of the principle of State secularism, the strong religious roots of both countries, and growing religious pluralism in the society. The essay adopts a comparative legal approach by highlighting strengths, weaknesses and gaps in the respective constitutional and legal frameworks. It also considers judicial approaches towards religious teachings in the State education system.

The aim is to reflect on some major challenges religious teaching poses, to various forms, in public school *curricula* and to assesses whether the existing legal frameworks are capable

¹ S. Coglievina, *Religious Education in Italian public schools: what room for Islam?*, Stato, Chiese e Pluralismo confessionale, n. 29, 2017, pp. 1–15.

of facing the challenges of religious diversity. Furthermore, the essay is aimed at contributing to the debate on future perspectives on religious teaching in public schools.

I. CATHOLIC RELIGIOUS EDUCATION IN ITALIAN PUBLIC SCHOOLS' CURRICULUM

In Italy, the legal framework regulating religious education in the public-school system reflects the Italian model of *laicità* (secularism), as well as the complex relationships between the State, the Roman Catholic Church and other religious denominations.

While the secular character of the State is explicitly embedded neither in the Constitution nor in the law, the Constitutional Court derived it from the constitutional provisions concerning religious freedom.² In the seminal decision n. 203 of 1989 on the teaching of religion in public schools—which set the case law—the Court held secularism to be among the supreme constitutional principles. However, as the Court clarified, secularism does not imply the indifference of the State towards religion. On the contrary, the principle establishes the duty of the Republic to protect religious freedom and to ensure equality of treatment among religions in a context of confessional and cultural pluralism.³

In line with the positive connotation of secularism, the legal system welcomes the manifestation of the religious phenomenon in the public sphere by paying attention to both the individual and the institutional dimension of religious freedom⁴. Consequently, Italian *laicità*, as understood by the jurisprudence, open rooms for the teaching of both Catholic and non-Catholic religions in public schools. Nevertheless, substantial differences between Catholic religious education and other denominational courses exists.

The teaching of Catholicism in State funded schools (other than universities) it is primarily regulated by art. 9(2) of the Law n. 121 of 25 March 1985 and the Additional Protocol, ratifying and implementing the 1984 Concordat, known as the “Villa Madama” Agreements, between the State and the Holy See.⁵ Additional sources are the implementing

² See Italian Constitutional court decision nn. 203/1989; 259/1990; 13/1991; 195/1993; 421/1993; 334/1996; 329/1997; 508/2000; 327/2002.

³ See Italian Constitutional court decision n. 203, 12 April 1989, para. 4. The positive interpretation of secularism can be inferred from the constitutional jurisprudence on secularism. See Constitutional court n. 259 of 1990; n. 195 of 1993, n. 239 of 1997.

⁴ Religious freedom is directly addressed by art. 19 of the Italian Constitution. Other provisions related to religious freedoms are artt. 2, 3, 7, 8 and 20 of the Constitution dealing with both the private/individual and institutional dimension of religion.

⁵ Art. 9(4) of the Villa Madama Agreements provides: “The Italian Republic, recognizing the value of religious culture and taking into account that the principles of Catholicism are part of the historical heritage of the Italian people, will continue to ensure, within the framework of the purposes of schooling, instruction in the Catholic religion in public schools of all levels other than universities.”

agreements (*intese*) between the Ministry of Educational and the Episcopal Conference of Italy.⁶ By virtue of the Concordat and the agreements the Italian State is requested to guarantee Catholic religious teaching in public schools.

In the abovementioned decision n. 203/1989, the Constitutional Court upheld the legal framework regulating Catholic religious classes in schools' *curriculum* by affirming that Catholicism forms part of the *historical heritage of the Italian people*. In other words, the presence of Catholicism as a subject in State schools is justified by its cultural value in education.⁷ At the same time, the denominational nature of the teaching requires religious freedom of pupils and parental rights on education to be guaranteed. In this regard, the judges specified the nature of Catholic religious teaching as “subjectively optional” (*soggettivamente opzionale*)⁸. The students—or, up to the end of the intermediate schools, their families—are requested to declare the intention to sign up to the religious classes at the beginning of each academic year. However, Catholic religious teaching—and, potentially, all religious teachings—is also “objectively compulsory” (*oggettivamente obbligatorio*). This means that, once the students exercise the right to enroll in Catholic religious classes, they are obliged to attend for the entire duration of the school year.⁹ Moreover, as reminded by the constitutional and administrative jurisprudence, the State is required by the Concordat to arrange Catholic religious classes, irrespective of the pupils and families' requests.¹⁰

In brief, we may consider Catholic religious teaching to be a voluntary subject, but not an optional one. Firstly, as already mentioned, the pupils who choose Catholic religious education are obliged to attend the classes for the entire duration of the academic years.¹¹ Secondly, no compulsory classes or activities are offered as compulsory alternative to Catholic religious teaching. Indeed, the provision of compulsory alternative classes/activities for students non-attending Catholic teaching has been ruled

⁶ D.P.R. n. 751 of 1985; 202 of 1990; 175 of 2012.

⁷ Italian Constitutional court decision n. 203/1989, para. 7.

⁸ Italian Constitutional court decision nos. 203/1989 and 13/1991.

⁹ Italian Constitutional court decision n. 203/1989, para. 9.

¹⁰ See Italian Constitutional court decision n. 203/1989; Italian Council of State, sec. VI, decision n. 1006, 27 August 1988.

¹¹ In 2018 the Italian Council of State held that the pupils and their parents may decide to withdraw from Catholic religious classes at any time during the academic year. According to the Court, the decision not to attend Catholic religious teaching (or other religious classes) is a manifestation of pupils' freedom of religion and parental rights regarding education which shall not be subject to time constraints. (Decision n. 4634 of 19 March 2018). The decision at hand constitutes an “overruling” with respect to previous judgments issued by the Council on the right to “opt-in” religious classes and it has been subject to debate among the doctrine. For a detailed reconstruction of the administrative jurisprudence on Catholic religious classes, see M. Croce, *Giudice amministrativo e laicità dello Stato: il problematico séguito delle decisioni costituzionali sull'ora di religione*, in: P. Bonetti, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti (eds.), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012 (e-book), p. 386 e ss.

discriminatory by the Constitutional court.¹² Catholic religious teaching is granted the same *status* of the other subjects as it forms part of the purposes of public education. As they are part of the school *curricula*, RE classes must be taught within the duration of the ordinary “school-time” and they concur to the final assessment of those students who decide to attend them.

Regarding the content of the syllabus, the concrete experience shows that the teachers tend to mention different religious traditions in their lectures. Despite this, the character of the teaching is essentially denominational and confessional. The *curricula* are agreed upon between the Ministry of Public Education and the Chairman of the Episcopal Conference of Italy (ECI). The teaching must *conform to the Catholic Church doctrine*¹³ and the textbook must receive the *nihil obstat* by the ECI and the local bishops. As for the teaching methodology, Catholic religious education must be provided *within the framework of the purposes of the school*,¹⁴ which means avoiding any form of indoctrination and discrimination. Finally, regarding financial and employment aspects, since 2003 teachers have been chosen by the diocesan bishop among those trained in theology and religious disciplines who won a regional competition.¹⁵ The State bears the financial burden for the activation of Catholic religious education.

The concept of *teaching/learning about religion*, i.e. a non-theological, cultural approach towards the religious phenomenon, is poorly developed in Italy.¹⁶ In this respect, the existing laws on public education does not provide for inter-religious educations as part of the regular school *curriculum* on the model of the multicultural faith education in UK, or the classes of “culture and religion” activated in some Swiss Cantons, nor other non-denominational teachings based on non-theological methodology and provided, for instance, in the secondary schools of the German *Länder*. Interestingly, compulsory *teaching about religion* from an historical perspective has been introduced in some *scuole paritarie*, which

¹² *Infra*, p. 7

¹³ Art. 5 of the Additional Protocol, Intesa art. 1.1, 1.2, 4.1.1.

¹⁴ The provisions of art. 9.2 of the Villa Madama Agreement have been implemented by subsequent Intese between the Ministry of Public Education and the Episcopal Conference of Italy (D.P.R. n. 751 of 1985; 202 of 1990; 175 of 2012).

¹⁵ Church authorities decide on the eligibility of the religious teachers (art. 1.2 d.p.r. 751/85). The written certification (*nihil obstat*) can be withdraw under specific circumstances, e.g. if the teacher’s behavior is considered to be in conflict with the Catholic doctrine (Canon 805 c.i.c). If the religious authorities withdraw the recognition or if there are no students to form a class, then, the teacher will be assigned a different subject – if he is qualified to do so – or he/she will be given another job in the public sector (Law n. 186, 18 July 2003). See. V. Pacillo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel Rapporto di Lavoro Subordinato*, Giuffè, 2003, p. 334 e p. 363.

¹⁶ See A. Ferrari, S. Ferrari, *Religion and the Secular State: The Italian Case*, in: J. Martínez-Torrón, W. Cole Durham, *Religion and the Secular State: National Reports*, Digital Legend Press, 2015, pp. 466.

are private schools that are recognized by the State as having the same status of public schools under certain circumstances. For instance, the class about “History of Religions” integrates the *curriculum* in the Waldesian Liceo of Torre Pellice. The course is compulsory for all students and it is subject to specific assessment.¹⁷

II. MANDATORY “RELIGIOUS CULTURE AND ETHICS” CLASSES IN TURKEY

Until 1946, Turkish education followed the French model of *laïcité*, where no denominational classes are taught in public schools (with the exception of Alsace-Lorraine)¹⁸. Then, religious education was reintroduced in non-denominational public school¹⁹ as an elective subject in the fourth and fifth grades. In 1950 RE became compulsory and was extended to the secondary (1956) and high schools (1967) programs. The monopoly of the State on religious education in public schools was constitutionalized in 1946 (art. 24) and it remained unchallenged in the 1982 Constitution.

According to art. 24(4) of the Constitution religious and moral education: *shall be conducted under state supervision and control and they shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools*. Finally, according to the constitutional provisions at hand, *Other religious education and instruction shall be subject to the individual's own desire, and in the case of minors, to the request of their legal representatives*. The said article must be read together with art. 42 Const. on the right to education, which states that education must adhere to the *principles and reforms of Atatürk, based on contemporary scientific and educational principles, under the supervision and control of the State*.

¹⁷ For the Educational Plan 2019/2022, see the institutional website of the Waldesian High School www.liceovaldese.it

¹⁸ See J. Robert, *La France face à ses religions*, in: R. Bottoni et al. (eds.), *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism – A Comparative Overview*, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer, 2018, p. 169.

¹⁹ In 1924 the Law on the Unity of Education abolished the medreses (private religious schools). In 1949 the Imam-Hatip high schools for imam were opened. They are denominational State schools under the authority of the Ministry of National Education. Classes on the Qur'an are also organized under the control of the Presidency of Religious Affairs. Currently, religious education in Turkey is State-sponsored. See E. Özbudun, *Constitution Writing in Turkey*, in: A.U. Bali, H. Lerner, *Constitution Writing Religion and Democracy*, Cambridge 2017, pp. 164–165.

Turkish educational system reflects the strong ties between two of the “Kemalist arrows”: nationalism and *laiklik* (secularism).²⁰ The State Education Act (Law n. 1739) of 1983²¹—which covers the organization and structure of the educational system and it establishes State's duties and responsibility concerning education—guarantees the right to education to all Turkish citizens, regardless to their language, race, sex and religion (artt. 4 and 7). Still, religious education forms part of public schools' *curricula*. One of the reasons is to be found in the cultural value associated to Muslim religion. The military drafters of the 1982 Constitution considered Muslim religious culture as a fundamental tool of nation-building and *a source of social cohesion*.²² Consequently, the State bears the duty to provide the citizens with the “correct” religious education.

The same approach towards the dominant religion is confirmed in the abovementioned Law n. 1739, according to which public education is primarily aimed at *raising all individuals of the Turkish Nation as citizens attached to Atatürk reforms and principles and to Atatürk nationalism as expressed in the Constitution*.²³ Once again, a strong link is established between nationalism, *laiklik* and education. In particular, art. 12 of Law 1739 states that *secularism is the basis of Turkish State education. Religious culture and ethics shall be among the compulsory subjects taught in primary and upper secondary schools and in schools of an equivalent level*.

The Guidelines issued by the Ministry of National Education provide that mandatory teaching of “Religious Culture and Ethics” shall be respectful of the principle of secularism, freedom of religion and conscience, freedom of thought and expression. Nevertheless, despite the name of the class and the government's guidelines, the teaching is predominantly denominational, as it mainly deals with theory, practice and rituals of Sunni (Hanafi) Islam.²⁴ Despite some references to rituals and holy books in other religion, emphasis is given to the Qur'an, the hadith and the life of the Prophet. The wider space

²⁰ After the instauration of the Republic, in 1923, and the 1937 constitutional reform secularism became one of the core principles of Turkish democracy, together with the other Kemalist “arrows”: Republicanism, Statism, Populism, Nationalism and Reformism. See, among others, R. Bottoni, *Secolarizzazione e modernizzazione nell'Impero ottomano e nella Repubblica di Turchia: alle origini del principio di laicità*, pp. 242–260; I.Ö. Kaboglu, *Le droit constitutionnel turc – entre coup d'état et démocratie*, 2nd ed., Harmattan, Paris, 2018, pp. 19–25.

²¹ Basic Law of National Education n. 1739 of 1973, as amended by the Law n. 2842 of 18 June 1898 and by the Law n. 4306 of 16 August 1997. At the constitutional level, the basic responsibilities of the State concerning education and training – being the schools private are established by art. 10, 24, 42, 62, 130, 131 and 132 of the 1982 Constitution.

²² E. Özbudun, op. cit., p. 166.

²³ Basic Law of National Education n. 1739 of 1973, as amended by the Law n. 2842 of 18 June 1898 and by the Law n. 4306 of 16 August 1997.

²⁴ F. Bilici, *L'enseignement religieux dans les écoles publiques turques: historique, programme, idéologie*, in: S. Akgonul, *Laïcité en débat. Principes et représentations en France et en Turquie*, URS, 2008.

given to Islam in “Religious Culture and Ethics” classes, may not be, in principle, incompatible with State secularism, as far as the State does not *pursue an aim of indoctrination*.²⁵ However, a closer look to the content of the *curricula* and the textbooks reveals that students are required to learn by heart several *surat* (verses) of the *Qur'an*. Moreover, primary relevance is given to the life of the Prophet Muhammad and the rituals of Sunni Islam. Interestingly, the classes address Islam *in relation* to other major denominations (Judaism, Christianity, Hinduism and Buddhism) so that a clear connection is established between Sunni Islam and Turkish national identity. Other religions and non-religious beliefs, such as atheism and agnosticism, are presented as “alien” from the national culture and poorly addressed.²⁶

III. THE RIGHT TO “OPT-IN” V. EXEMPTION RIGHTS

In Italy and Turkey, the favour granted to the respective majority religion raises complex issues regarding religious minority rights, as well as non-religious people.

In Italy, the denominational and confessional character of Catholic religious teaching and its integration in the regular school *curricula* has been questioned in the light of the safeguard of constitutional protected rights and freedoms, such as the freedom of religion and conscience, freedom of education, the respect of the parents' convictions and educative responsibilities. At the beginning of each academic year, therefore, students—or their parents until intermediate schools—are required to declare their intention to attend Catholic religious education. The choice must be renewed every academic year, upon request of the school authority, and it must not result in any form of proselytism or discrimination.

Students who decide not to attend the religious classes are not required to motivate their choice (not even on religious ground), nor they are discriminated against in terms of school-time or final assessment.²⁷ Students who decline the possibility to attend Catholic teaching may ask the school to provide them with alternative activities; but they may conduct

²⁵ European Court of Human Rights (ECtHR) *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, nos. 5095/71, 5920/72, 5926/72, para. 53; *W & D.M. and M and H.I. v. United Kingdom*, 6 March 1984, Decision on Admissibility, nos. 10228/82 and 10229/82 (joined).

²⁶ See: Ministry of National Education Decision n. 373, 19 September 2000 and Decision 16 n. of 31 March 2005 in *R. Kaymakcan, Yeni Ortaöğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretim Programı İnceleme ve Değerlendirme Raporu*, Education Reform Initiative, April 2007, p. 9; ECtHR, *Cj., J.J. e E.J. v. Poland*, 16 January 1996, Decision on Admissibility, no. 23380/94, ECtHR, *Ingeborg Folgerø and Others v. Norway*, 29 June 2007, Grand Chamber Decision, no. 15472/02.

²⁷ The final assessment on Catholic religious teachings consists of a motivated judgment by the teachers of Catholic religion, who enjoy the same status of the other teachers in the school commissions. A short opinion is written on a document that is separated with respect to the annual scholastic records.

autonomous studies and research activities,²⁸ or leave the school premises.²⁹ As ruled by the Constitutional Court, all possible alternative subjects are optional since the students who do not attend Catholic religious classes are considered to be in a “*stato di non obbligo*” (non-obligation status). With this formula, the Court aims at separating pupils' exercise of their constitutional right to religious freedom, i.e. the free choice to enroll (or not) in religious classes, from the selection of alternative activities. In other words, the decision regarding whether to attend Catholic religious classes or not rests—in the constitutional judges' intentions—a pure matter of conscience, which shall not be influenced by the availability of alternative subjects, nor by other utilitarian appraisals.

The promotional attitude of the Italian State towards Catholic religion is limited to guarantee the teaching of Catholicism in public schools to students who decide to *opt in*. However, it must not impact on the freedom of students who are not willing to attend the denominational classes. In light of these considerations, the Court affirms that the obligation to attend an alternative class would be discriminatory against those students who decide not to join Catholic religious studies.³⁰

In Turkey, all students are required to attend classes of “Religious Culture and Ethics” (*Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi*). The *exemption right* exists for the officially recognized religious minorities under the Lausanne Treaty (1923).³¹ Following a proposal issued by the Ministry of Education, the Supreme Council of Education adopted the Decision n.1 of 9 July 1990, which allowed Christian and Jewish students to be exempted from compulsory religious classes in primary and secondary schools. The exemption procedure has been questioned by non-dominant religious minorities as it raises questions of compatibility with the constitutional principle of *laiklik* and minority rights.

Although the Turkish model of *laiklik* requires the withdrawal of religion from the (political and legal) public sphere, a confessional dimension of citizenship emerges in the domains of education. Unlike Italian pupils, Turkish students (and their parents) must declare their belonging to one of the recognized religious minority in order to be exempted from

²⁸ The autonomous activities are always conducted under the supervision of a teacher until secondary school.

²⁹ Italian Constitutional Court decision n. 13/1991.

³⁰ Italian Constitutional Court decision n. 203/1989.

³¹ The Lausanne Treaty (1923) grants recognised non-Muslim minorities the rights to non-discrimination (art. 39); to establish private schools, religious, social and charitable institution (art. 40); to receive education in their own language at the primary level in public schools (art. 41); the right to regulate matters concerning family law (art. 42), the free exercise of their religion (art. 43). Only Greek Orthodox Christians, Jews and Armenians are recognised.

religious classes. Students belonging to religious minorities are allowed, in principle, to attend “Religious Culture and Ethics” classes; however, *they must submit a written request from their legal representative*.³² In both cases, pupils and parents are obliged to publicly reveal their religious affiliations. Furthermore, students exempted from religious classes face indirectly discrimination in some admission exams—such as the “Transition from Primary to Secondary School Exams”—inasmuch as they include questions related to compulsory religious education.³³ Due to the fear of discrimination, both students and teachers tend to hide their religious identity. Finally, some specific teachings on Muslim religion are provided, such as the courses on the “Life of the Prophet Muhammad” and the “*Qu'ran*.” These classes are formally elective. However, pupils are often forced to enroll due to the inexistence of other non-religious elective activities and classes.³⁴

IV. NON-CATHOLIC RELIGIOUS EDUCATION IN ITALY: THE SYSTEM OF AGREEMENTS (*INTESE*) AND THE SITUATION OF ISLAM

When it comes to religious education in public school, there is a clear disparity between the legal framework applying to Catholic Church under art. 7 of the Constitution and the bilateral agreements (*intese*) signed between the State and religious denominations “different from Catholic Church” under art. 8(3) of the Constitution.³⁵

Non-Catholic religious confessions, which entered the agreements, can organize their own religious classes in public schools. The organizational model is similar to those provided for Catholic teaching in terms of collaboration between the State and the religious confessions. In this respect, the organization and content of the classes rest under the responsibility of each denomination and they are agreed upon with the school authorities. Pupils, parents, and teachers can demand for the organization of denominational teachings or classes about the “phenomenon of religion and its implications.”³⁶ However, some major differences exist between Catholic religious teaching and other religious classes.

Firstly, while under the 1984 Concordat the State is obliged to organize the teaching of Catholicism in public schools, irrespective of the number of the pupils and students who

³² See: Supreme Council of Education, Decision n.1 of 9 July 1990, cited in ECtHR, Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, sez. II, App No. 1448/04, 9 October 2007, para. 18.

³³ See A.E. Gürçan, *The Problems of Religious Education in Turkey: Alevi Citizen Action and the limits of the ECtHR*, IPC-Mercator Policy Brief, 2015, p.

³⁴ See *ibid.*, p. 2.

³⁵ See F. Alicino, *La legislazione sulla base delle intese. I test delle religioni altre e degli ateismi*, Cacucci Editore, Bari, 2013.

³⁶ Art. 10 of the Agreement signed between the Waldesian Church and the Italian Government, signed on 21 February 1984 and executed by Law n. 449, 11 August 1994.

sign in for the classes, the organization of other religious teachings is subject to the request of each religious denomination to the school of pertinence of the religious minority. Secondly, non-Catholic religious classes are not part of the regular school *curricula*. Thirdly, Catholic religious teaching in public schools is State-funded, while other religious denominations must bear the cost of the organization of the classes. It is interesting to note that, so far, the religious confessions did not show particular interest in organizing denominational classes in public schools.

The confessional communities which did not entered into an agreement with the State do not enjoy the right to organize denominational teachings in public schools. It is the case of Muslim communities, whose growing presence in Italy raises questions over the appropriateness of the existing legal framework governing religious pluralism.

At present, Islamic organizations have not signed any agreement with the State.³⁷ Therefore, they must refer to the Law 1159/1929 on the “admitted cults” and the Royal Decree n. 289/1930. The latter rules that religious confessions without *intese* may sign an agreement with the Direction of the School Office aimed at organising religious education within the school premises, provided that there are no other places of worship with educational facilities in the proximity of the school.³⁸ As other religious teachings, the classes are optional, they do not form part of the regular *curricula*, they must be organized outside the school-time and they are fully founded by the religious confessions.

Some studies reveal that the request of Islamic religious education in public schools by the Muslim immigrants (and citizens) is increasing.³⁹ However, the Italian islamic community did not use the possibility given by the Royal Decree 289.⁴⁰ The reasons are of both organizational and legal nature. Concerning the practical aspect of lodging a request for Islamic classes in public schools, the lack of initiative may be the result of a difficult dialogue between the Muslim minority and local public authorities. Moreover, Muslim community in Italy is mainly composed by immigrants who are familiar with neither the Italian language nor the bureaucratic system⁴¹. From a legal point of view, Islamic organizations and associations encounter several obstacles in acquiring legal recognition, weakening their

³⁷ See F. Alicino, op. cit., pp.109–143.

³⁸ Art. 23 of Royal Decree n. 289 of 1930.

³⁹ See, among others, the research conducted at regional level by R. Guolo, *Islam e Scuola pubblica: orientamenti di genitori di religione islamica in Piemonte*, Ricerche di Pedagogia e Didattica, 4, 2, 2009.

⁴⁰ A. Ferrari, *La Scuola italiana di fronte al paradigma musulmano*, in: *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, Il Mulino, 2008, p. 190–191.

⁴¹ See S. Coglievina, *Religious Education in Italian public schools: what room for Islam?*, Stato, Chiese e Pluralismo confessionale, n. 29, 2017, p. 6.

capacity to dialogue with the State institutions. Finally, legal recognition is also one of the prerequisites to sign an agreement with the State.

V. RELIGIOUS EDUCATION AND MUSLIM MINORITIES IN TURKEY: THE ALEVIS

The predominance of Sunni Islam in the curriculum of compulsory religious classes was brought to the attention of the national courts by the Alevi community, which filed the case before Turkish Supreme Administrative Court. However, their requests were systematically dismissed. Therefore, the Alevis applied before the European Court of Human Rights, accusing Turkey of violating art. 9 ECHR on freedom of thought, conscience and religion, alone and in conjunction with art. 14 ECHR on discrimination.⁴² In 2007, the Strasbourg judges issued a landmark decision on religious education in the case *Hasan e Eylem Zengin v. Turkey*.⁴³ At the time the application was lodged, Eylem Zengin was a student attending the 7th grade of the public school in Avcilar (Istanbul), where she attended the class in “Religious Culture and Ethics.” Since Eylem's family was adherent to Alevism, the father submitted a request to Turkish authorities seeking to obtain an exemption for his daughter from compulsory religious teaching. Following the refusal of the request, Hasan Zengin applied to the ECtHR against Turkey for the violation of art. 9 and P1–2 of the Convention.

Mr. Zengin accused the State of violating his parental right to choose the education his daughter was to receive, in conformity with the religious and philosophical convictions of her family. The applicants further affirmed that religious education in public schools was not taught in a critical, objective and pluralistic manner. In his defense, the Government underlined the discretionary power enjoyed by the State on the preparation and content of the school syllabus, which is decided by the Ministry of Education and not by religious authorities and, therefore, in compliance with the constitutional enshrined principle of secularism.⁴⁴ Moreover, the Government said, the classes *did not take into consideration the vision of members of mezhep (a branch of Islam) or tarikats (a religious order)*. In other words, Turkish authorities, relying on the opinions submitted by the Presidency of Religious

⁴² A. Parrilli, *Religious Freedom, Minority Rights and Turkish secularism. The case of the Alevi*, *Revista General de Derecho Publico Comparado*, 2018, p. 28.

⁴³ ECtHR, *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*.

⁴⁴ ECtHR, *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*.

Affairs (*Diyanet İşleri Başkanlığı*),⁴⁵ does not recognize the Alevi faith to have an autonomous religious nature. Alevism is listed as an “interpretation” of Islam.⁴⁶

In the case at hand, the Strasbourg Court did not uphold Turkish position regarding the nature of Mr. and Mrs. Zengin faith and considered Alevism to be *a religious conviction which has deep roots in Turkish society and history and that is has features which are particular to it [...]. It is thus distinct neither a sect nor a 'belief' which does not attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance*. Being Alevism a religion *per se*, the judges ruled that the syllabus content was insufficient to meet the criteria of objectivity and pluralism required in a democratic society and, thus, it was not respectful of parental religious and philosophical convictions. Then, the Court censored the exemption procedure, which does not provide sufficient protection to those parents' who have a religious or philosophical conviction other than that of the majority denomination (Sunni Islam).

Judges reasoned that, if compulsory classes on “Religious Culture and Ethics” are aimed to teach pupils about *different religious cultures, there is no reason to make it compulsory for Muslim children alone. Conversely, if the course is essentially designed to teach the Muslim religion, it is a course on a specific religion and should not be compulsory, in order to preserve children's and their parents' religious freedom*⁴⁷. Moreover, the right to be exempted is granted to Christian and Jews pupils only, while pupils and parents belonging to other streams of Islam are obliged to attend religious classes. Finally, the Court held, parents are subject to *a heavy burden ant to the necessity of disclosing their religious or philosophical convictions in order to have their children exempted from the lessons in religion*.⁴⁸ In conclusion, the Court ruled that Turkey violated art. 2 of Protocol n.1 of the Convention on the Right to Education.

⁴⁵ The Diyanet İşleri Başkanlığı (Presidency of the Religious Affairs) is the administrative body established under Act n. 429 of 3 March 1924 on the “Abolishment of the Ministry for Religious Affairs” (Seriye Vekaleti), which directly respond to the Prime Minister. The Diyanet regulates Islamic religious activities in compliance with the principle of secularism. Among its duties there are the financing and administration of the mosques; the employment of muftis, muezzin and imams. Serving as civil servants, they are part of the administration of the State. Consequently, they are required to adhere to the official interpretation of Sunni Islam. The same majoritarian interpretation which is endorsed in public school syllabus in the “Religious Culture and Ethics” classes. See, among others, I. Yilmaz, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States. dynamic Legal Pluralisms in England, Turkey and Pakistan*, Routledge, 2005, p. 100; I.B. Gözaydın, *Diyanet and Politics. The Muslim World*, Vol. 98, April/July 2008, p. 218.

⁴⁶ In dismissing the application lodged by the Alevis, Turkish administrative court based the decision on some Opinions delivered by the Diyanet on the nature of the Alevi faith, even though such documents are not legally binding. Some of the Opinions are available on the Diyanet official website (www.diyamet.gov.tr/en-US) (last visited 01 September 2020).

⁴⁷ ECtHR, Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, para 74.

⁴⁸ ECtHR, Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, para 76.

Following *Zengin* judgment, the Turkish Council of State affirmed that, whilst the title of the class was “Religious Culture and Ethics,” the content of the teaching provided religious education on Sunni Islam. Thus, the teaching is not respectful of the constitutional principle of secularism. In 2011, the Alevi lodged another application to the ECtHR, challenging the content of religious classes and the exemption mechanisms. In *Mansur Yalçın and Others v. Turkey*, the ECtHR unanimously ruled the violation of parental rights on education once again.⁴⁹

Notwithstanding the decisions issued by the European Court of Human Rights and national judges, Turkey did not comply with the rulings—apart, obviously, from some cosmetic reforms of the *curricula*. Other petitions have been lodged to the Ministry of National Education and to the EU Parliament, calling for a revision of the religious classes' syllabus or the suppression of State-run compulsory religious education.

CONCLUSIONS

Both in Italy and Turkey religion is taught in public schools and education policies are mainly centrally planned. Historically, the teaching of religion has been dominated by the majoritarian religions (Catholicism in Italy, Sunni Islam in Turkey) which are considered to be a medium either for a better understanding of national history and culture, for the promotion of moral values and, especially in Turkey, as an instrument of nation building. The predominance of the majority religion in State-funded schools is debated in both countries, as it poses numerous challenges in terms of freedom of religion, parental rights on education and minority rights. Overall, the respective legal frameworks would need extensive reforms in order to better cope with the current challenges posed by religious pluralism.

In Turkey, both the content of the syllabus and the exemption procedure from the “Religious Culture and Ethics” (which, in principle, is not denominational) are questioned and they have been repeatedly censored by the European Court of Human Rights. One possible, viable reform of RE in Turkey may provide both non-Muslim communities recognised under the Treaty of Lausanne and non-religious people with the possibility to opt-out from compulsory religious education. This would undermine the legal framework governing minority rights in Turkey, and therefore it needs legislative and constitutional reforms. The very understanding of the concept of “religious minority” as accepted by the Turkish authorities would be questioned. In this respect, despite the consolidated narrative on the rupture with the Ottoman Empire, the approach to minority rights reveals the legacy

⁴⁹ ECtHR, *Mansur Yalçın and Others v. Turkey*, App. No. 21163/11, 16 September 2014.

of the Ottoman legal tradition and the *millet* system.⁵⁰ The Lausanne Treaty only addresses “non-Moslem” minorities. Therefore, there is no room for the Alevis—nor for other non-majoritarian streams within Islam—to be legally recognised as *an islamic community equal to, but different from, Sunnism*.⁵¹ The second option would be an extensive reform of the school *curricula* so to cover religious education in a pluralist and objective matter—as suggested by the Strasbourg Court in *Zengin case* (para 74). Moreover, it would be necessary to reform the content of those exams undertaken by all pupils, so to ensure that students who choose to opt-out from religious education are not discriminated against during their studies.

In Italy, several proposals have been advanced in order to take a step forward on the matter of religious education in public school. The options range from the introduction of compulsory teachings *about* religions, adopting historical and/or sociological perspectives, to inter-religious teachings within the syllabus of “Civic education.” However, despite some minor experiences of teachings *about* religions or inter-religious classes outside the regular school hours, the system did not undergo significant changes. Furthermore, a number of legislative proposals for a “Law on Religious Freedom” have been discussed from 1997 to the present date. Among the topics addressed by the draft bills, religious education is particularly controversial. A recent proposal provides for optional religious teachings to be activated upon students and parents request, within the framework of the activities aimed at promoting cultural, social and civil education of the pupils.⁵² The proposals do not question, in any way, the Concordatary/bilateral structure of the relationships between school and religious education, nor the privileged position of Catholic religious teaching in State-funded schools. The needs of Muslim families are taken into account on a case-by-case basis. However, the teaching of religion remains anchored to the existence of an agreement between the State and the recognised religious denominations. A further consideration to be made is that the *intese* do not solve the numerous challenges faced by non-Catholic religious denominations. The responsibility for the activation of religious

⁵⁰ See R. Bottoni, *La libertà religiosa in Turchia de la fin de l'Empire ottoman à la fondation de la République laïque*, in: B. Basdevant-Gaudemet, F. Jankowiak (eds.), *Le droit ecclésiastique en Europe et à ses marges (XVIIIe–XXe siècles). Actes du colloque du centre Droit et Sociétés religieuses*, Université de Paris-Sud Sceaux, 12–13 October 2007, Peeters, Leuven, 2009, pp. 23–36; F. Öztürk, *Ottoman and Turkish Law*, Bloomington, iUniverse LLC, 2014, pp. 11–81; R. Bottoni, *La condizione giuridica delle minoranze non-musulmane in Turchia: a proposito di dure recenti documenti elaborati nell'ambito del Consiglio d'Europa*, Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica, n. 2, agosto 2010.

⁵¹ O. Akbulut, Z. Oya Usal, *Parental Religious Rights v. Compulsory Religious Education in Turkey*, International Journal on Minority & Group Rights, n. 15, 2008, p. 437.

⁵² See, art. 6 of the Legislative Proposal for a “Law on Religious Freedom,” in: R. Zaccaria, A. Domianello, A. Ferrari, P. Floris, R. Mazzola (eds.), *La legge che non c'è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, Il Mulino, 2019, p. 32.

classes is subordinate to the organizational and financial capacity of the single confession and it is subject to the discretion of local administrations and school authorities.

ANATOMY AND TERMINOLOGY OF BUSINESS ORGANIZATIONS: A BRIEF COMPARISON AND ASSIMILATION BETWEEN CHINESE AND ITALIAN COMPANIES¹

Andrea Sebastiani

TABLE OF CONTENTS

I. ISSUES IN THE CLASSIFICATIONS OF PEOPLE'S ORGANIZATIONS AND THEIR LEGAL STATUS: DIFFERENCES BETWEEN FAREN 法人 AND PERSONA GIURIDICA; II. CLASSIFICATION OF BUSINESS ORGANIZATIONS: SOCIETÀ, GONGSI (公司) AND HEHUO (合伙); III. SHORT COMPARISON ON BUSINESS ORGANIZATIONS DEFINITIONS; CONCLUSIONS

The aim of this article is to remove the initial confusion that could occur in the comparison between Italian and Chinese business organizations. The analysis focuses mainly on company types, classification adopted, sources, and terminology used, in both countries. In this wide and general juxtaposition, it is proposed to use an assimilation method through which the main features of Italian and Chinese business entities have been compared regarding various aspects, in order to better understand differences and similarities arising from these two legal systems. One consequence of resorting to this method was the need to use certain general English notions – such as people's organization, business organization, company – to clarify the comparison. For instance, the term company itself has been used to outline a wide group of business entities which include not only the Limited Liability Companies or Joint Stock Companies (gongsi) - as it might appear reasonable at a first look at the Chinese system - but even other form of partnerships, in accordance with the Italian and Roman concept of "società and societas", which even comply to the notion offered by the Black's law dictionary.

I. ISSUES IN THE CLASSIFICATIONS OF PEOPLE'S ORGANIZATIONS AND THEIR LEGAL STATUS: DIFFERENCES BETWEEN FAREN 法人 AND PERSONA GIURIDICA.

Internationally used English terms as corporations, companies, legal persons, may create confusion, especially while comparing two highly different systems. It should be borne in mind that Companies – as far as the general internationally used English term is concerned – are just one type of different organizations available in every legal system. In every society, simpler kind of organizations, which represent even the embryonic stage of modern corporations have been used since a long time. Therefore, the importance of the term *organization* to include all types of legal entities under a same concept arises in this analysis, in order to clarify both internal classification and external comparison between the Italian and Chinese systems. That said, in every system, the purpose of these classifications for people's organizations is to make society aware of which entity is more suitable for the aim projected and they are usually constructed on a criterion of purpose and function.

¹Andrea Sebastiani, LLM China University of Political Science and Law, (elle-888@live.com).

Moreover, it is important to remark that the concept of *legal person* represents the cornerstone of these classifications. Accordingly, it is essential to understand its terminology and meaning used in both legal systems. Indeed, as we shall see, this term may be used differently, in a wider or stricter sense.

Given these brief considerations, as far as our comparison is concerned, remarkable differences between the Italian and Chinese systems arise in the meaning of legal person, thus accordingly in the classification adopted to distinguish different kind of people's organizations, namely companies and other legal entities.

Furthermore, before the following detailed analysis, roughly speaking it should be pointed out that whereas in China, it was the legislator who by law directly gave a classification and legal definition of legal persons, in Italy it was the doctrine to accomplish to these duties. This last remark highlights a first important difference between those two systems, since in Italy more importance is likely given to the doctrine, opposite to China where the legislator keeps solid bases and a strong role in offering definitions through detailed laws.

In the Chinese system, according to article 57 of the new Civil Code of the People's Republic of China (that came into force on January 1, 2021) "a legal person (*Faren* 法人) shall be an organization that has capacity for civil rights and capacity for civil conduct and independently enjoys civil rights and assumes civil obligations in accordance with the law"². Furthermore, pursuant to Article 60 "a legal person shall independently assume civil liability to the extent of all of its assets" whereas Article 58 states that a legal person shall satisfy the following conditions: 1. it is incorporated in accordance with laws; 2. it has necessary assets or funding; 3. it has its own name, structure and premises; 4. it assumes civil legal liabilities on its own.

For the present analysis, the main relevant consideration to highlight in this definition is that a legal person can assume civil liability independently.

Comparing this Chinese definition with the Italian one could be slightly tricky. Indeed, the major Italian doctrinal meaning of legal person is much wider and general than the Chinese legal definition.

According to most of the Italian legal doctrine, legal person (*persona giuridica*) simply means "an organised grouping of persons and assets with the purpose to reach a certain objective,

² Civil Code of the People's Republic of China (Adopted at the Third Session of the Thirteenth National People's Congress on May 28, 2020, as came into force on January 1, 2021).

and to which the legal system expressly recognized the status of subject of law (“*soggetto di diritto*”).

Therefore, we can notice that the interesting consequence in comparing these concepts, is that whereas the Italian definition of legal person seems to include even those organizations without limited liability as partnerships and professional groups, in China those last are qualified as “other subjects” and they are not strictly speaking legal persons, namely *Faren* (法人).

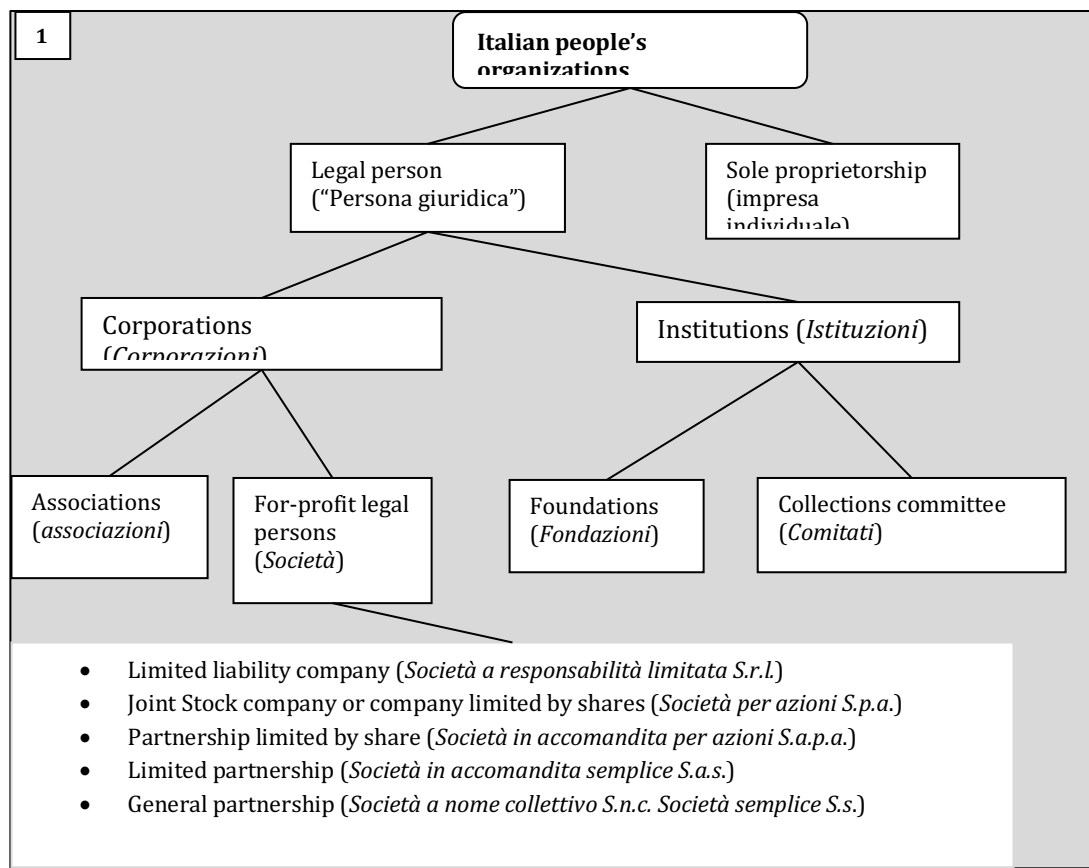
Indeed, unlike the Italian system, according to Chinese law the discriminating factor is the *limited liability*, deemed as an essential peculiarity of legal persons. *In this regard*, the disadvantages and problems of the Chinese approach could arise in qualifying and classifying the partnership. The solution found by some scholars is to deem partnership as a *semi-legal person*, even if doubts could arise to this regard.

Shown below are some graphs and their brief explanation about the most common Italian and Chinese classifications.

Except for the Sole proprietorship, the proposed Italian legal person’s classification (graph n.1) distinguishes corporations from institutions in accordance with a criterion which takes into consideration the predominance of peoples or assets within the organization. This approach likely derives from the ancient Roman legal system. Corporations are those organizations in which people are the predominated factor (*so-called universitas personarum*). Institutions are those organizations where more importance is given to assets (*so-called universitas bonorum*) as the predominant factor compared with people⁴. Therefore, for instance while foundations are qualified as institutions, given the fact that assets are an essential element for their existence and scope, associations are qualified as corporations, since assets are less important and only the associates are deemed as the core of the organization. Sometimes the aforementioned classification appears confused, given the fact that the predominance of the *universitas personarum* rather than the *universitas bonorum* is not always clear in term of percentages. However, another classification is usually proposed, distinguishing public and private legal persons.

³ Subjects of law are those entities (like *natural person* or *legal person*) that can enter and keep legal relationships within a certain legal system. Thus, the term “*subject of law*” is very wide including all kind of legal person as partnership and corporations.

⁴ F. Ferrara, *Teoria Delle Persone Giuridiche*, Eugenio Marghieri - Unione Tip. Editrice Torinese, 1915, p. 723 ss.; P. Zaiotti, *L'eco dei tribunali*, 2, *Giornale di Giurisprudenza Civile*, Tipi di eco dei Tribunali, Venezia, 1861, p. 171

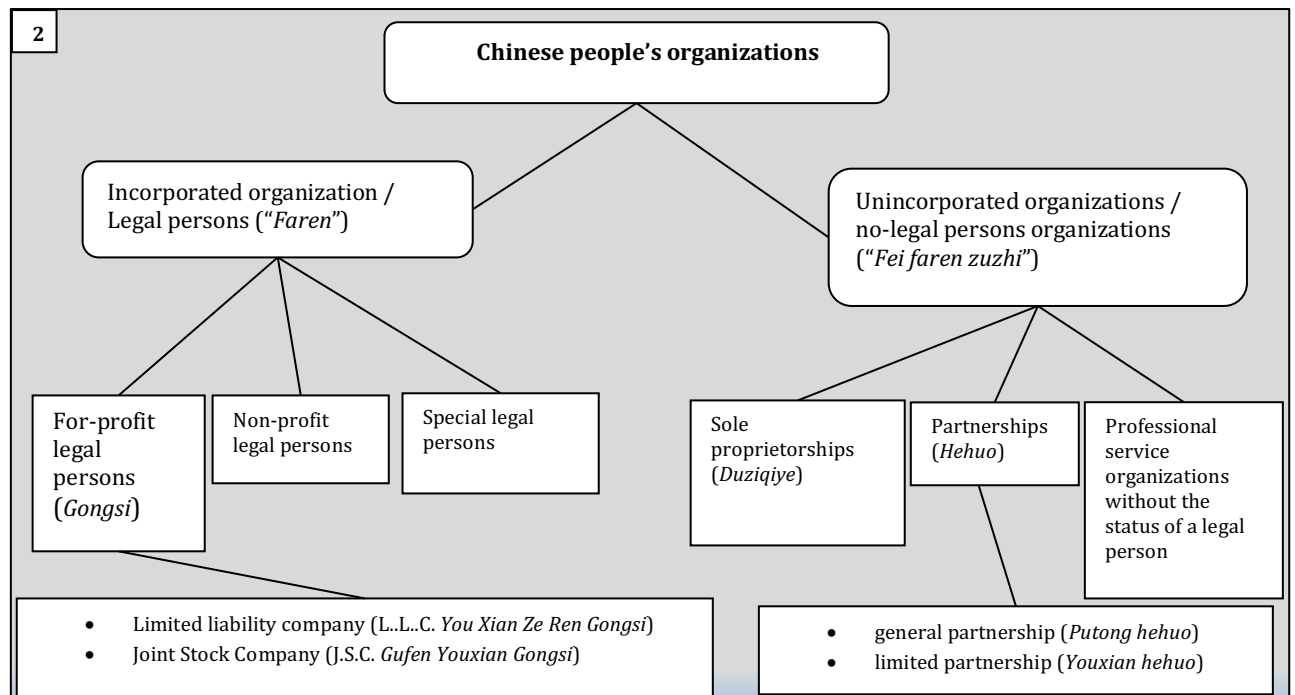


As far as the Chinese classification is concerned (graph n.2), as mentioned above the *limited liability* and the *organization's scope* are the main criteria used to distinguish and typify each legal entity. This way companies as the L.L.C. and J.S.C. are included in the For-profit legal persons with limited liability, while partnerships (*Hehuo*), sole proprietorship (*Duziqiyue*)⁵ and professional services without legal personality are included within unincorporated or no-incorporated organizations (非法人组织, *Fei faren zuzhi*). The last provision is in accordance with Article 102 of the new Chinese Civil Code - which clearly defines unincorporated organizations as those without the status of legal persons and for which partners bear unlimited liability in case the property of the organisations is insufficient⁶. The Chinese approach is certainly more recent and would seem more reasonable, efficient and less philosophical than the Italian one. However, it could collide with new challenges

⁵ The term *sole proprietorships* indicate forms of business in which one person owns all the assets of the business.

⁶ Article 104 If the property of the non-incorporated organisations is insufficient to pay off the debts, the promoters shall bear unlimited liability, unless otherwise provided for by law. *Civil Code of the People's Republic of China (2020)*.

concerning the qualification of partnership and all other entities generally classified as "other subjects", which are not legal persons.



7

II. CLASSIFICATION OF BUSINESS ORGANIZATIONS: *SOCIETÀ*, *GONGSI* (公司) AND *HEHUO* (合伙)

Companies have been the instrument of progress for years. Since individuals started collaborating together sharing their assets, skills, know-hows and better implementing the rule of division of labour, the development and wealth of society radically increased. Therefore, given the importance of these organizations characterized by the will of making profit, even the terminology used to define them is relevant. However, the term *company* and *corporation* are generally used interchangeably, though they may sometime have different meaning depending on the legal system.

To avoid any confusion and in order to find a proper definition to include all those profit-making vehicles that play a principal role in the economic growth and sometime wealth of a country, the general term *business organization* is used.

Accordingly, even the sole proprietorship is included within business organizations, as well as the partnership and all remaining types of companies.

⁷ The classification has been made following the criteria provided by the 2017 *General Rules of the Civil Law of the People's Republic of China*, as now substitute by the new Chinese Civil Code (2020).

As far as the Italian system is concerned, the paper provides an *ad hoc* regulation for the enterprise (“*impresa*”), according to which business organizations can be classified into two groups: 1) sole proprietorship or individual enterprise (*impresa individuale*), namely an unincorporated business owned by a single individual; 2) a collective enterprise (*impresa collettiva*), which is an unincorporated or incorporated business owned by more than one natural or legal person and run by a separate entity¹².

This last type of enterprise takes the name of *società*, a word deriving from the term *societas*, an ancient Rome form of bilateral or plurilateral agreement in which the contractors were obliged to carry out a given activity or to confer assets in order to achieve a common interest, subsequently dividing gains and losses⁸.

However, nowadays, after the introduction of the one-person company (*società unipersonale*), we cannot say that a *società* is to be necessarily founded through more subjects. The distinction between sole proprietorship (*impresa individuale*) and *società* seems to be the recognized separation of identity between the legal entity and the subjects who form it.

According to the Italian doctrine and as deducted from Art. 2249 of the Civil Code, *società* (collective enterprises) can be divided in two categories: 1) *società di capitali* (*capital corporations*), where the objective element represented by the capital has a conceptual and normative prevalence with respect to the subjective element represented by individuals. In most of the cases they enjoy limited liability; 2) *società di persone* (*corporations of people*), where the subjective element represented by individuals prevails with respect to the objective element represented by the capital. In most of the cases they have unlimited liability.

The following types of enterprises are qualified as *società di capitali*: Limited liability company (*Società a responsabilità limitata S.r.l.*), Joint Stock company or Company Limited by Shares (*Società per azioni S.p.a.*), Partnership Limited by Shares (*Società in accomandita per azioni S.a.p.a.*). Whereas the following types of enterprises are qualified as *società di persone*: Limited partnership (*Società in accomandita semplice S.a.s.*), General collective partnership (*Società a nome collettivo S.n.c.*), General partnership (*Società semplice S.s.*).

As far as the Chinese system is concerned, in accordance with the aforementioned Legal Persons General Rules as provided by the Chinese Civil Code, we can classify *business organizations* under three categories: 1) Sole Proprietorships (*duziquye* 独资企业), which can

⁸ A. Lovato, S. Puliatti e L. S. Maruotti, *Diritto privato romano*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014.

take the form of individual industrial and commercial households (*geti gongshang hu*) or private enterprises (*siying qiye*); 2) Partnerships (*hehuo* 合伙), which can take the form of Limited Partnership (*youxian hehuo qiye*) enterprises and General Partnership enterprises (*putong hehuo qiye*); 3) Incorporated companies (*Gongsi* 公司), which are the Limited liability companies (*You Xian Ze Ren Gong Si*) and the Joint Stock companies or companies limited by shares (*Gufen Youxian Gongsi*).

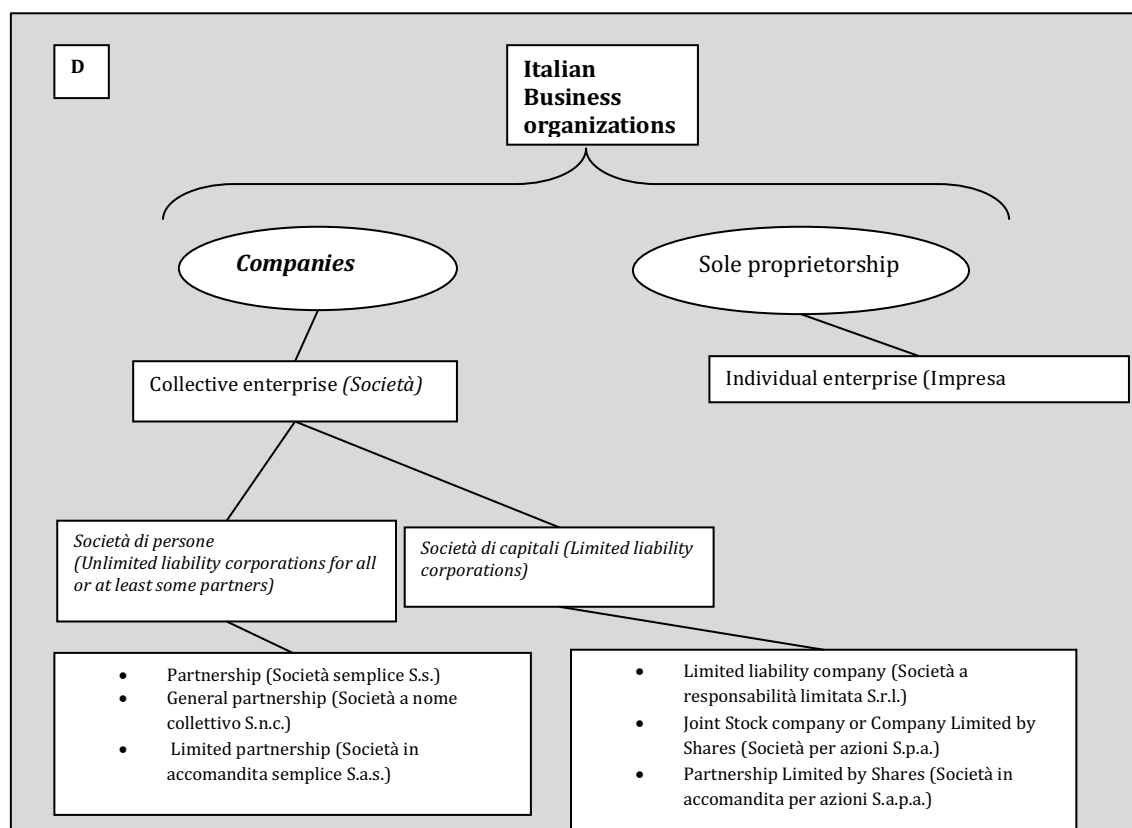
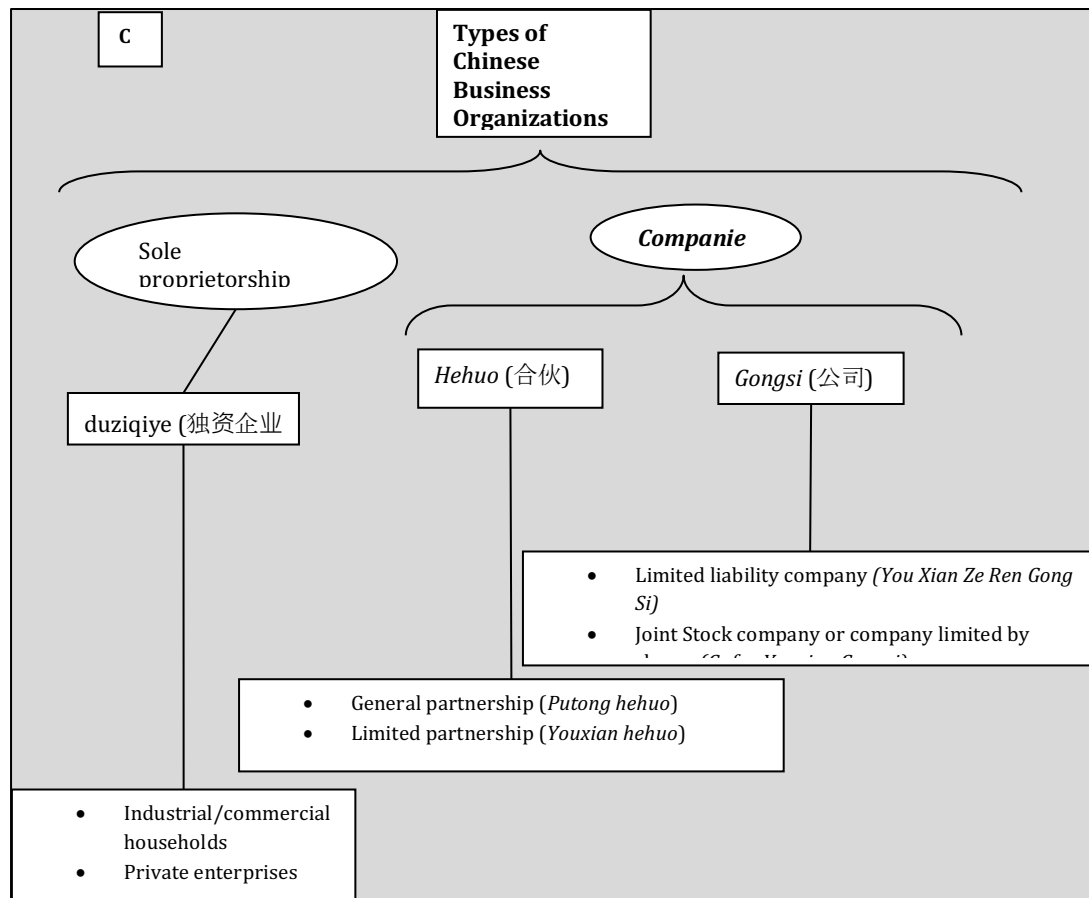
This brief general framework makes us aware of the confusion that could arise in comparing business organizations in these two systems. The Italian system provides for a larger differentiation of company types, compared to China. However, what should be mainly noticed is that the Italian concept (*società*) includes several entities as partnerships and incorporated companies, whereas in China those are under different name (*gongsi*, *hehuo*) and have separate specific regulations. Indeed, in accordance with article 2 of the Chinese Company Law, only the L.L.C. and the J.S.C. are deemed as *gongsi*.

Accordingly, given the fact that the Italian system differs markedly from the Chinese one in classifying some *business organizations*, to make an assimilation and for a better comparison between these systems, we could bring under the same English concept of “*companies*” those terms as follow:

Companies = *Società* = *gongsi* 公司 + *hehuo* 合伙.

Therefore, the chosen term of *company* is in accordance with the Italian system for which the Chinese classification has been adapted. Furthermore, the term *company* is used even to precise the object of the present analysis, which includes various forms of partnerships, one-person companies, while not regarding those individual business organizations as the sole proprietorship, namely the *impresa individuale* in Italy and the *duzhiqiye* in China.

Graphs C and D are shown here below to better clarify these terms and their respective comparison.



III. SHORT COMPARISON ON BUSINESS ORGANIZATIONS DEFINITIONS

According to Article 2247 of the Italian Civil Code, “*by company contract, two or more persons confer goods or services for the joint operation of an economic activity with the purpose to share the profits*”. Although this article refers to a contract, the doctrine extrapolated from it a proper definition of *società*, which indicates every kind of business organization, included partnership. Accordingly, as deducted by the doctrine, from the aforementioned article in the Italian system three main elements seem to characterize business organizations. They are: 1) capital contributions by partners; 2) joint exercise of an economic activity; 3) purpose to share the profits. The simultaneous presence of these three elements allows distinguishing companies from other kind of entities like consortiums⁹.

As far as the Chinese system is concerned, there would appear to be no available specific definition for *gongzi*. Article 2 of the Chinese Company Law only states that “*for the purpose of the Law, the term “gongzi” refers to limited liability companies and companies limited by shares established within the territory of China pursuant to the Law*”. However, even from this Chinese definition three elements appear to characterize this entity. 1) These entities are outlined by a typological criterion through which exclusively LLCs and the CLSs can be considered as *gongzi*. Thus, those entities characterized by *limited liability* would seem to have been implicitly considered as *gongzi*. 2) A second element is the establishment within the territory of China. 3) As a third element, compliance with the law is highlighted. The effort to extrapolate these features does not seem sufficient to clarify this definition. This silence approach in defining companies is adopted even in Hong Kong, while the Taiwanese Company Law provides a clear notion¹⁰. Likely the reasons are that the legislator wants to leave greater freedom for future developments¹¹.

About *behuo*, a definition is contemplated in Article 2 of the Partnership Law of the People’s Republic of China, pursuant to “*for the purpose of this Law, behuo shall mean general partnerships and limited liability partnerships established in accordance with this Law by natural persons, legal persons or other organizations within the territory of China*”. Accordingly, in the wake of *gongzi* definition, it seems to provide the same elements with regard to partnership. However, through the aforementioned typological criterion, the *behuo* is characterized by the unlimited liability of all or at least some of their partners.

The following table have been constructed according to the assimilation method which takes into account the most common characteristics of these entities for comparison. The

⁹ G. F. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, 7, Utet Giuridica, 2017

¹⁰ In accordance with Article 1 of the Taiwanese Company Law *a company is an organization with legal person status organized, registered and established in accordance with this Law for the purpose of profit*.

¹¹ G. Minkang, *Understanding Chinese Company Law*, Hong Kong University Press 2006, p. 18 (2010)

aim is also to help foreign observers to refer to their own and familiar autochthonous corporate structures, when comparing. The table exposes the types of business organizations available in the two systems.

Italy	China
Partnership (Società semplice S.s.)	General partnership (<i>Putong hehuo</i>)
Special type of general partnership (Società a nome collettivo S.n.c.)	
Limited partnership (Società in accomandita semplice S.a.s.)	Limited partnership (<i>Youxian hehuo</i>)
Partnership Limited by Shares (Società in accomandita per azioni S.a.p.a.)	
Limited liability company (Società a responsabilità limitata S.r.l.)	Limited liability company (<i>You Xian Ze Ren Gong Si</i>)
Joint Stock company or Company Limited by Shares (Società per azioni S.p.a.)	Joint Stock company or company limited by shares (<i>Gufen Youxian Gongsì</i>)

CONCLUSION

The abstract concept of legal person and legal personality might create confusion especially regarding the classification used to distinguish the different business vehicles as provided in the analysed systems. These classifications have been elaborated in different ways. Whereas in China was mainly the legislator who keeps solid bases and a strong role in offering definitions through detailed laws (currently laid down in Chapter 3 of the new

Chinese Civil Code), in Italy it was the doctrine to accomplish to these duties. Another important difference to be highlighted is the idea of legal person. Indeed, the major Italian doctrinal meaning of legal person is much wider and general than the Chinese legal definition. According with the Italian concept of subject of law (*“soggetto di diritto”*), a legal person (*“persona giuridica”*) might simply means an organised grouping of persons and assets with the purpose to reach a certain objective, while in China - as stated by statutory provisions - a legal person (*Faren* 法人) is an organization that, as well as having capacity for civil rights and civil conduct, independently enjoys civil rights and assumes civil obligations. Therefore, this brings automatically to interesting consequences from a theoretical perspective which do not exclude repercussions on a practical level, namely, the Italian definition of legal person seems to include even those organizations without limited liability as partnerships and professional groups whereas in China those last are qualified as *“other subjects”* and they are not strictly speaking legal persons even according to the new Chinese Civil Code. As well as for the concept of legal person and legal personality, the two systems divert in classifying the different entities, in other words, while the Italian doctrine focus on the distinction between corporations from institutions in accordance with the Roman concepts of *universitas personarum* and *universitas bonorum*, in the Chinese classification *limited liability* and the *organization's scope* are the main criteria used to distinguish and typify each legal entity. The Chinese approach seems to prefer to include companies as L.L.C. and J.S.C. within the For-profit legal persons with limited liability, while partnerships (*Hehuo*), sole proprietorship (*Duziqiye*) and professional services without legal personality are included within unincorporated or no-incorporated organizations (非法人组织, *Fei faren zuzhi*).