

ISSN 2724-3273



# Milan Law Review

*n. 1/2024*

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI MILANO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CENTRO DI RICERCA  
COORDINATO  
"STUDI SULLA GIUSTIZIA"

---

---

**EDITORE:** Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

**DIRETTORE RESPONSABILE:** Antonio Gambaro

**COMITATO DI DIREZIONE:** Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rübner, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

**COMITATO DI REDAZIONE:** Stefano Zirulia (coordinatore), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trincherà, Silvia Zorzetto.

**COMITATO SCIENTIFICO:** Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Claudio Luzzati, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Roberto Sacchi, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

*Milan Law Review* (MLR) è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee. Nata da un’iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

La Rivista è classificata dall’ANVUR come **“Rivista Scientifica” per l’Area 12**.

**Open Access Policy:** Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell’opera. Non è consentito l’utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l’autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

**Peer Review:** I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all’area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell’ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall’attribuzione dell’incarico.

**Codice etico:** La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

**Modalità di citazione consigliata:** N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan law review*, anno, n. X, p. XX-XX.

**ISSN:** 2724-3273 | Iscrizione al **Registro della Stampa** con Decreto del 2 luglio 2021, Tribunale di Milano.

**Luogo di pubblicazione:** Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italia.

**Data di pubblicazione del fascicolo:** luglio 2024. **DOI:** 10.54103/milanlawreview/2024/v5/n1

---

---

---

**PUBLISHER:** Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

**EDITOR IN CHIEF:** Antonio Gambaro

**EDITORIAL BOARD:** Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdner, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

**EDITORIAL STAFF:** Stefano Zirulia (coordinator), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingraio, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mamelì, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

**SCIENTIFIC COMMITTEE:** Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Claudio Luzzati, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Roberto Sacchi, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

**Milan Law Review (MLR)** Milan Law Review (MLR) is a multidisciplinary and multilingual law journal, published on a six-monthly basis in open access mode. The Review provides an open and pluralist space for discussion and in-depth scholarship, which aims to overcome those pre-established barriers which conventionally separate legal disciplines and national legal systems and to promote the scientific debate on a wide range of issues, from traditional to more strictly contemporary ones. Created on the initiative of the three Departments composing the Faculty of Law of the University of Milan, MLR counts among the members of its academic bodies prestigious Universities and research centres from all over the world.

**Open Access Policy:** The Review provides open and unrestricted access to its contents. Anyone has the right to download, use, print, distribute and/or copy published content, in compliance with the adopted license (see below).

The Review is distributed under a **Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. This license allows to reproduce, distribute, communicate to the public, publicly display, perform and recite the material in any medium and format, provided that the authorship of the work is expressly acknowledged. Use for commercial purposes is not permitted. By submitting an article to the Review, the author accepts publication under this license.

**Peer Review:** Contributions are subject to double blind peer review. The Editor in Chief, after a preliminary evaluation of the scientific adequacy of the contribution and its relevance to the subject area of the Review, sends the contribution, made anonymous by the Editorial Staff, to the referee chosen from a list of referees formed by the Editorial Board. The referee shall express her or his evaluation within 20 days of the assignment unless otherwise agreed.

**Publication Ethics:** The Review has adopted its own standards on publication ethics (available on the MLR website), in compliance with the guidelines defined by the Committee on Publication Ethics (COPE).

**Suggested Citation style:** N. SURNAME, *Title*, in *Milan law review*, year, n. X, p. XX-XX.

**ISSN:** 2724-3273

Registration in the **Public Press Register** by Decree of July 2, 2021 - Court of Milan.

**Place of Publication:** Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italy.

**Date of Publication of this Issue:** July 2024. **DOI:** 10.54103/milanlawreview/2024/v5/n1

---



N. 1/2024

## INDICE DEI CONTRIBUTI

FRANCESCA POGGI, <i>“En Teoría Hay Mujeres (En Teoría)”</i> , parte seconda, con un omaggio a Bruno Celano.....	1
ANNA DE GIULI, <i>Barreras estructurales en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género.....</i>	11
ISABEL TRUJILLO, <i>Rule of law, rule of men, and rule of women. Reforming power and decision-making processes.....</i>	34
MARIA LUDOVICA LAGALLA, <i>La “coercizione senza coercizione” delle buone ragioni: il cuore della giustizia riparativa? .....</i>	47
CLELIA BARTOLI & BRUNO CELANO, <i>In defence of a free market.....</i>	65
VIRGINIA PRESI, <i>Analytical Philosophies of ‘Custom’: Georg Henrik von Wright and Bruno Celano.....</i>	94
ANA ESCHER, <i>Normativity Naturalized? Some Thoughts on Bruno Celanos Pre-Conventions....</i>	118
PAULA GAIDO, <i>El ideal de Rule of Law al cual el derecho puede racionalmente aspirar. Una reflexión a partir del enfoque de Bruno Celano.....</i>	139
MARIA VICTORIA KRISTAN, <i>Celano e lo Stato di diritto: una questione di gradualità....</i>	154
MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA, <i>El Apurado filo de una navaja reduccionista. Apuntes en homenaje a Bruno Celano.....</i>	167
CLELIA BARTOLI, <i>“In ossequio a una norma il cui senso ci sfugge”. Scrivere con Bruno Celano.....</i>	208





N. 1/2024

## TABLE OF CONTENTS

FRANCESCA POGGI, <i>“En Teoría Hay Mujeres (En Teoría)”</i> , second part, with Homage to Bruno Celano.....	1
ANNA DE GIULI, <i>Structural barriers in accessing justice for victims of gender-based violence</i> .....	11
ISABEL TRUJILLO, <i>Rule of law, rule of men, and rule of women. Reforming power and decision-making processes</i> .....	34
MARIA LUDOVICA LAGALLA, <i>The “coercion without coercion” of good reasons: the heart of restorative justice?</i> .....	47
CLELIA BARTOLI & BRUNO CELANO, <i>In defence of a free market</i> .....	65
VIRGINIA PRESI, <i>Analytical Philosophies of ‘Custom’: Georg Henrik von Wright and Bruno Celano</i> .....	94
ANA ESCHER, <i>Normativity Naturalized? Some Thoughts on Bruno Celanos Pre-Conventions</i> ....	118
PAULA GAIDO, <i>The ideal of Rule of law to which the law can rationally aspire. A reflection based on Bruno Celano’s approach</i> .....	139
MARIA VICTORIA KRISTAN, <i>Celano and the Rule of Law: A Matter of Graduality</i> .....	154
MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA, <i>The hasty edge of a reductivist blade. Notes in honour of Bruno Celano</i> .....	167
CLELIA BARTOLI, <i>“In ossequio a una norma il cui senso ci sfugge”</i> . Writing with Bruno Celano.....	208





**“En Teoría Hay Mujeres (En Teoría)”, parte  
seconda, con un omaggio a Bruno Celano**  
“En Teoría Hay Mujeres (En Teoría)”, second part,  
with Homage to Bruno Celano

FRANCESCA POGGI

Professoressa ordinaria

Dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”

Università degli Studi di Milano

[francesca.poggi@unimi.it](mailto:francesca.poggi@unimi.it)

---

ABSTRACT

---

Il contributo introduce la seconda parte dei saggi rielaborati a partire dalle relazioni presentate al 3° Convegno internazionale *EN TEORÍA HAY MUJERES (EN TEORÍA)*, tenutosi il 7 e 8 luglio 2023 presso l’Università degli Studi di Milano. Nella presentazione, oltre a ricordare l’obiettivo della iniziativa nata nel 2018, si riassumono brevemente i contributi qui pubblicati, soffermandosi in particolare sul *forum* dedicato a Bruno Celano.

**Parole chiave:** Eguaglianza di genere; Bruno Celano; normatività, Stato di diritto.



DOI: 10.54103/milanlawreview/24192

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

This presentation introduces the second part of the essays reworked from the lectures presented at the 3rd International Conference *EN TEORÍA HAY MUJERES (EN TEORÍA)*, held on July 7 and 8, 2023 at the University of Milan. After recalling the aims of the initiative, born in 2018, the paper briefly summarizes the essays here published, focusing in particular on the forum dedicated to Bruno Celano.

**Keywords:** Gender Equality; Bruno Celano; Normativity; Rule of Law.

---

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

## “En Teoría Hay Mujeres (En Teoría)”, parte seconda. Omaggio a Bruno Celano

SOMMARIO: 1. Che genere di Università? – 2. Omaggio a Bruno Celano: il filosofo analitico che scrutava nel buio.

“Non lo so.  
Ma questo è, mi pareva, un interrogativo degno di essere posto”<sup>1</sup>

### 1. Che genere di Università?

Si pubblica in questo fascicolo la seconda parte dei saggi rielaborati a partire dalle relazioni presentate al 3° Convegno internazionale *En teoría hay mujeres (en teoría)*, tenutosi nei giorni 7 e 8 luglio 2023 presso l’Università degli Studi di Milano, con il patrocinio del Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”, del progetto MUSA (Multilayered Urban Sustainability Action) e dell’Università degli Studi di Milano<sup>2</sup>.

Il ciclo di conferenze internazionali *En teoría, hay mujeres (en teoría)* è stato ideato, nel 2018, da alcune filosofe del diritto – Lorena Ramírez Ludeña, Carmen Vazquez, Carolina Fernandez Blanco, Victoria Kristan e altre – al fine di promuovere la visibilità internazionale delle donne che lavorano nella filosofia e nella teoria generale del diritto, con particolare attenzione alle donne più giovani, ossia come un contributo alla lotta contro la segregazione femminile verticale e orizzontale.

Quanto alla segregazione verticale, è ben noto come, a livello mondiale, le donne incontrino più difficoltà degli uomini nell’avanzamento in carriera, e la situazione nell’accademia non è certo diversa. Per quanto riguarda l’Italia, nell’area giuridica, le donne professoresse ordinarie, nel 2022, erano il 28,8%, le donne professoresse associate il 45,2%, le ricercatrici a tempo indeterminato il 47,8%, le ricercatrici a tempo determinato il 44,9%<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, II ed., 2021, p. 393.

<sup>2</sup> La prima parte è stata pubblica nel precedente fascicolo di questa rivista a cura di Silvia Zorzetto: cfr. S. Zorzetto, *En Teoría Hay Mujeres (En Teoría): oltre l’ambiguità sintattico-semanticamente*, in *Milan Law Review*, 2023, Vol. 4, n. 2, p. 11-24.

<sup>3</sup> Fonte: A. Celletti, P. Costantini, E. Primeri, S. Romagnosi, [Ifocus del rapporto ANVUR 2023: Analisi di genere](#), ANVUR, 2023.

I dati sono peggiori, oggi, per il settore scientifico disciplinare IUS/20, ossia per filosofia e sociologia del diritto. Qui le donne professoresse ordinarie, nel 2024, sono il 25,3%<sup>4</sup>; le associate il 28%<sup>5</sup>; le ricercatrici a tempo indeterminato 41%<sup>6</sup>; le ricercatrici a tempo determinato il 37%<sup>7</sup>. Esiste una segregazione verticale, il cosiddetto soffitto di vetro.

Le cause di questa segregazione verticale sono complesse e non lineari: la difficoltà di conciliare carriera e famiglia, l'iniqua divisione del lavoro di cura, che, in parte, è dovuta a fattori strutturali – quali le maggiori discriminazioni che gravano sui padri che chiedano permessi parentali, o il fatto che, all'interno di molte coppie eterosessuali, la componente femminile sia già quella che guadagna meno o che ha meno prospettive di carriera, sicché risulta razionale che sia lei a sacrificare maggiormente il lavoro. A ciò si aggiungano gli stereotipi, pregiudizi e preconcetti che operano nella fase di selezione, anche inconsciamente. Al riguardo, è difficile stabilire quanto l'art. 57 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (come modificato dalla legge 23 novembre 2012, n. 215) abbia inciso su questa situazione. Ai sensi di tale disposizione, «Le pubbliche amministrazioni, al fine di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro: a) riservano alle donne, salva motivata impossibilità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso». Tuttavia, non solo i meccanismi per garantire l'effettività di tale obbligo non sono cogenti e non tutte le università lo adempiono o riescono ad adempierlo, ma tale previsione opera solo rispetto alla materia concorsuale e non, ad esempio, per le abilitazioni nazionali<sup>8</sup>. Inoltre, non è scontato che le donne stesse siano immuni da stereotipi e pregiudizi sessisti. Il rapporto di dominazione comporta sempre l'introyezione di un senso di inferiorità da parte del dominato, che non può (in senso aletico, non normativo) pensarsi al di fuori delle categorie della classe dominante<sup>9</sup>.

Sicuramente la scarsa visibilità internazionale delle donne è sia un effetto che una causa della segregazione verticale. La difficoltà di carriera e di conciliare lavoro e famiglia rende più difficile l'accesso femminile ai palcoscenici internazionali e, a sua volta, la scarsa rappresentanza a livello internazionale

---

<sup>4</sup> Ossia: 24 su 95. Fonte: Cruscotto Cineca: <https://cercauniversita.cineca.it/php5/docenti/cerca.php>. Ultima consultazione: 10/02/2024.

<sup>5</sup> 25 su 90. Fonte: *Ivi*.

<sup>6</sup> 9 su 22.

<sup>7</sup> 34 su 88.

<sup>8</sup> Per approfondimenti: F. Poggi, *Diversi per diritto. Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2015, Vol. 15, n. 2, p. 26-27.

<sup>9</sup> È il fenomeno che Bourdieu chiama “violenza simbolica”. Cfr. P. Bourdieu, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998.

genera l'impressione che in teoria del diritto non ci siano donne (o ce ne siano molto poche).

In realtà, non è del tutto vero che le donne siano sempre sottorappresentate nei congressi e nei seminari internazionali. Al contrario, ci sono argomenti in cui sono sovra-rappresentate: quelli che riguardano l'uguaglianza di genere, la violenza di genere, il femminismo giuridico, e così via. Si tratta di temi che, evidentemente, sono considerati femminili e non interessano alla maggior parte dei colleghi maschi. Personalmente, non credo che questa segregazione orizzontale sia lodevole. Essa genera in qualche modo l'impressione che le donne si occupino solamente dei temi che le riguardano e le interessano personalmente. Questo, ben inteso, non significa che non occorra occuparsi di tali questioni, che, anzi, oggi assumono una rilevanza sociale e politica cruciale, ma che non sia opportuno occuparsi solo di tali questioni e dar spazio alle donne solo rispetto ad esse. Infatti, il ciclo di conferenze internazionali *En teoría, hay mujeres (en teoría)* nasce anche per rappresentare la varietà e l'eterogeneità dei temi indagati dalle studiose di teoria e filosofia del diritto.

Così, tra i saggi pubblicati in questo fascicolo, 2 si occupano di questioni che rientrano nell'uguaglianza di genere, mentre gli altri trattano questioni differenti. In particolare, il saggio di Anna De Giuli indaga le barriere strutturali che si frappongono all'accesso alla giustizia per le donne vittime di violenza di genere, mentre il contributo di Isabel Trujillo esplora la possibilità di una nuova lettura del principio della *Rule of Law* alla luce degli articoli 7 e 8 della CEDAW e, più in generale, dell'esigenza di garantire un'equa e inclusiva partecipazione femminile nei sistemi di *decision-making*. Ludovica Lagalla affronta, invece, un tema da sempre al centro della riflessione giusfilosofica, quello della coercizione, concentrandosi, in particolare, sui modelli di giustizia riparativa e sui problemi che essi comportano.

I restanti 6 saggi costituiscono invece il focus dedicato alla teoria del diritto di Bruno Celano, su cui dirò qualcosa nel prossimo paragrafo.

## **2. Omaggio a Bruno Celano: il filosofo analitico che scrutava nel buio**

Bruno Celano (scomparso il 17 maggio 2022 all'età di 60 anni) è stato un filosofo e un filosofo analitico del diritto tra i più brillanti e influenti della sua generazione, nonché di molte altre. Personalmente lo considero uno dei migliori filosofi del diritto di sempre. Un pensatore originale, profondo, mai scontato. Un essere umano interessante, disponibile, sempre aperto al dialogo, anche e soprattutto con le generazioni più giovani per le quali ha rappresentato un importante punto di riferimento.

Celano si è occupato di moltissimi temi nell'arco della sua purtroppo breve vita<sup>10</sup>, ma a me pare che un filo rosso, che in qualche modo attraversa tutte le sue ricerche, sia rappresentato dalle indagini sulla normatività. Dal suo primo libro<sup>11</sup>, dove indaga la distinzione tra essere e dover essere, tra descrivere e prescrivere, passando per i suoi studi su Kelsen<sup>12</sup>, sulle (pre)convenzioni<sup>13</sup>, sul ragionamento giuridico e sul suo rapporto con la morale<sup>14</sup>, fino ai suoi ultimi lavori sulla naturalizzazione della normatività e al suo libro postumo su Hart<sup>15</sup>, l'opera di Celano s'incentra su quell'enigma che è il normativo, e il diritto in particolare. Che differenza c'è (se c'è) tra norme e proposizioni, qual è il fondamento della normatività giuridica, qual è lo status della morale, che rapporto c'è tra diritto e morale? Si dirà: questi sono interrogativi tipici della filosofia del diritto. Sì, lo sono, ma il pensiero di Bruno Celano si caratterizza, mi pare, per il fatto di non darli come scontati: di problematizzarli, chiarirli, facendone emergere la complessità e gli aspetti critici. Insomma, nel tradurli in domande più chiare e interessanti, da cui, però, inevitabilmente, emergono nuovi problemi.

*Dialettica della giustificazione pratica* è il titolo del suo primo libro e a me è sempre parso che proprio lo stile dialettico sia ciò che ha sempre contraddistinto la metodologia di Bruno. Sia chiaro, Celano ha prodotto moltissime tesi innovative e assolutamente anticonformiste, ma una delle sue cifre distintive è proprio il fatto di averne sempre anche sottolineato gli aspetti problematici. Per fare un esempio, Celano sostiene una delle tesi, a mio giudizio, più originali e convincenti sulla funzione del diritto. Per Celano l'universo etico è popolato da "valori, principi, standard di condotta e di giudizio largamente indeterminati, che entrano sovente

---

<sup>10</sup> Si veda, al riguardo, la bibliografia pubblicata in M. Maldonado, P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano. Volume 1*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 463 e ss.

<sup>11</sup> B. Celano, *Dialettica della Giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994.

<sup>12</sup> Si veda, ad esempio, B. Celano, *Dover essere e intenzionalità*, Giappichelli, Torino, 1990; B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Il Mulino, Bologna, 1999; B. Celano, *Validity as Disquotation*, in *Analisi & diritto*, 1999, p. 35-77; B. Celano, *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, in *Law and Philosophy*, 2000, Vol. 19, n. 2, p. 173-199.

<sup>13</sup> Cfr., ad esempio, B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010; B. Celano, *Consuetudine: un'analisi concettuale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2014, Vol. 14, p. 597-667; B. Celano, *Pre-conventions*, in *Revus*, 2016, Vol. 30, p. 9-32.

<sup>14</sup> Cfr., ad esempio, B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi & diritto*, 2004, p. 53-74; B. Celano, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, Vol. 35, n. 1, p. 161-184; B. Celano, *True Exceptions: Defeasibility and Particularism*, in J. Ferrer Beltrán and G.B. Ratti (eds), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, OUP, Oxford, 2012, p. 268-287; B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, Vol. 3, p. 427-444; B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013.

<sup>15</sup> B. Celano, *La teoria del diritto di H.L.A. Hart*, Il Mulino, Bologna, 2023.

in conflitto tra loro, che si rilevano, spesso, incommensurabili”.<sup>16</sup> Il diritto svolge la funzione essenziale di rafforzare e completare la morale, determinando i valori morali, sciogliendo i conflitti, risolvendo “ciò che la morale ha lasciato indeterminato”.<sup>17</sup> Il diritto riesce a svolgere tale funzione in quanto trasforma ogni questione sostanziale (“Che cosa è giusto fare?”) in una questione procedurale (“Come si decide che cosa è giusto fare?”). Con le parole di Celano:

Dato un problema sostanziale di giustizia – cioè un problema etico attinente alla determinazione, in base a criteri, di che cosa spetti, o sia dovuto, a uno o più d’uno dei membri di un gruppo di individui – il diritto è un’istituzione che trasforma, o, almeno, tende indefinitamente a trasformare, la soluzione di un problema di questo tipo in una questione di esecuzione di procedure predeterminate da parte di soggetti predeterminati<sup>18</sup>

Si tratta di una rielaborazione originale e perspicua di alcune idee già abbozzate da Kelsen, e poi riprese da Raz, che riesce a ritagliare uno spazio di autonomia al diritto all’interno della moralità politica e del ragionamento pratico. Tuttavia, Celano non si limita a formulare tale teoria, ma ne mette bene in luce anche i problemi.

In primo luogo, se anche il diritto tende a trasformare ogni questione di giustizia sostanziale in una questione procedurale, non vi riesce mai completamente, perché, accanto a criteri procedurali, prevede sempre anche criteri sostanziali. Così, ad esempio, il diritto individua delle autorità (i giudici) per decidere, in base a certe procedure, come risolvere una data controversia. Tuttavia, i giudici non sono liberi di decidere come vogliono (il diritto, come scrive Hart<sup>19</sup>, non è il gioco dell’arbitro), ma devono applicare norme legislative preesistenti. Il rispetto dei criteri procedurali è necessario e sufficiente perché la decisione giurisdizionale produca effetti giuridici, ma questo non assicura che la decisione in sé sia giuridicamente corretta, ossia che abbia correttamente applicato norme legislative preesistenti. Ciò produce quello che Celano ha chiamato ‘paradosso della nomo-dinamica’:

il diritto genera e autorizza giudizi di validità (legittimità, liceità) contraddittori [...] E questo perché una norma, o una decisione giuridica, che sia stata adottata dall’organo competente secondo le procedure giuridiche previste, è comunque idonea a produrre i suoi effetti giuridici tipici (e dunque è, da questo punto di vista,

---

<sup>16</sup> B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 78.

<sup>17</sup> A. Schiavello, J.J. Moreso, M. Brigaglia, *The Whole of the Moon: Bruno Celano filosofo del diritto*, in *Giornale di Metafisica*, 2023, Vol. 1, p. 12.

<sup>18</sup> B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 231.

<sup>19</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, OUP, Oxford, 1961, p. 142.

valida); almeno fino a quando non venga posta nel nulla da un'altra norma o decisione adottata secondo le procedure previste ecc.<sup>20</sup>

Ma come può costituire una attività coerente una prassi in cui un arbitro decide in modo autoritativo e, almeno dopo un certo grado, definitivo, ma che, allo stesso tempo, non è 'il gioco dell'arbitro', nel senso che l'arbitro non decide liberamente, ma è vincolato ad applicare regole preesistenti? Il punto, per Celano, è che il diritto non è una pratica discorsiva chiusa, nel senso che, dall'esterno della pratica, è sempre aperta la possibilità di chiedersi se la decisione dell'autorità giuridica fosse davvero la decisione corretta: tutto ciò determina il riemergere delle questioni sostanziali che il diritto voleva risolvere, ossia, in definitiva, l'incapacità del diritto di tradurre compiutamente ogni questione di giustizia sostanziale in una questione procedurale.

In secondo luogo, Celano giunge a dubitare che il diritto possa davvero, anche solo tendenzialmente, perfezionare, integrare, rendere coerente la morale. In altri termini, come è possibile che una procedura, fondata in ultima istanza sul metodo democratico, sulla decisione a maggioranza da parte di legislatori o giudici, possa completare la morale? Che cosa assicura che non siamo semplicemente di fronte ad una decisione arbitraria, ad un gioco di prestigio? "C'è, e se sì quale può mai essere, l'ingrediente X in grado di trasformare una decisione assunta seguendo questo metodo così palesemente imperfetto in qualcosa che può valere come una 'soluzione' della difficoltà?"<sup>21</sup>.

Ho riassunto qui brevemente, e in modo un po' superficiale, le tesi di Celano su diritto e morale perché mi sembrano costituire un ottimo esempio del suo modo di praticare filosofia. Celano aveva la capacità non solo di dare ordine ai dibattiti esistenti, fornendone spiegazioni perspicue ed elaborando tesi originali, ma anche di chiarire tutti i problemi, le aporie, delle proprie posizioni, aprendo sempre nuovi temi di indagine. Col il suo sguardo dall'alto – come lo descrivono i suoi allievi e co-autori<sup>22</sup> – Bruno vedeva non solo la configurazione del labirinto e la sua via d'uscita, ma anche tutti gli ostacoli che vi si frapponevano.

I saggi che qui raccogliamo discutono alcuni punti cardine del pensiero di Bruno Celano relativo alla normatività, mettendone in rilievo le potenzialità e l'originalità.

Il primo saggio del *focus* è proprio la traduzione inglese di un lavoro di Bruno Celano e Clelia Bartoli sul mercato dell'Albergheria nel Centro storico di Palermo e, anche se forse potrebbe apparire come il meno ortodosso, è anch'esso, in un certo modo, una riflessione sul diritto e sulla sua assenza. Virginia Presi analizza, invece, le tesi di Celano sui costumi – uno dei fenomeni normativi più interessanti e forse meno indagati – mettendole in relazione con quelle di un altro

---

<sup>20</sup> B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 233.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 392.

<sup>22</sup> Cfr. C. Bartoli, *In ossequio a una norma il cui senso ci sfugge*, in questo fascicolo.

grande giusfilosofo, von Wright. Anna Escher tratta un tema affine, ossia le pre-convenzioni – che, per Celano, costituiscono uno dei significati di “costume” e rappresentano in un certo senso la radice stessa della normatività – in particolare, Escher confronta le tesi di Celano sul tema con alcune recenti teorie del significato. Paula Gaido ci conduce, invece, ad esplorare le posizioni di Celano sui valori morali e il principio giuridico della *Rule of Law*: in particolare, l’autrice si sofferma criticamente sull’idea di Celano secondo cui proprio l’approccio morale particolarista può giustificare l’adozione, in via generale, per il ragionamento giuridico, del modello della *Rule of Law*. Anche Victoria Kristan si concentra sul tema della *Rule of law*, per sviluppare, a partire dal pensiero di Celano, una riflessione sulle possibili forme della sua violazione. María Beatriz Arriagada analizza e critica un’altra delle tesi centrali di Celano sui fenomeni normativi: l’idea secondo cui i fatti istituzionali (il matrimonio, la proprietà, ecc.) sono ontologicamente riducibili all’accettazione collettiva di norme prescrittive (doveri, divieti e permessi). Infine, l’ultimo contributo del focus è un lavoro scritto da Clelia Bartoli che racconta molto della persona di Bruno, del suo lavoro di ricerca e di come funzionava scrivere con lui.

Tra i filosofi del diritto circola una barzelletta (un *chiste*, dicono i colleghi spagnoli). Un filosofo analitico di notte scruta tra l’erba sotto un lampione. Si avvicina un filosofo ermeneutico e gli domanda che cosa stia cercando. “Sto cercando le chiavi di casa” – risponde l’analitico. “Le hai perse qui?” – chiede l’ermeneutico. “No, no” – ribatte l’analitico – “le ho perse laggiù, in quella zona buia”. “Scusa, ma allora perché stai cercando qui?”. “Perché qui c’è luce!”. Ecco, niente di più lontano dall’atteggiamento filosofico di Bruno Celano.

Volevo concludere così, ma, poi, mi è venuto in mente di andare a cercare l’ultima email che mi ha inviato Bruno, tanto tempo fa, quando mi ha spedito i 2 volumi di discussione della sua opera – da lui definiti “pagine postume pubblicate in vita”. Mi ha scritto: “Con la preghiera di farle pubblicità, e di farla circolare il più possibile, in modo che il mio nome resti scolpito nella memoria dei sapienti (‘il mio nome resterà nella storia: Pinco Pallino’)”. Ogni volta che lo leggo, mi viene da ridere. Concludo così, perché non solo ci manca il filosofo, per tutti gli interrogativi interessanti che ancora avrebbe potuto porre e risolvere, ma ci manca tantissimo anche la persona.

## Bibliografia

P. Bourdieu, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998

B. Celano, *Dover essere e intenzionalità*, Giappichelli, Torino, 1990

B. Celano, *Dialettica della Giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994

- B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Il Mulino, Bologna, 1999
- B. Celano, *Validity as Disquotatation*, in *Analisi & diritto* 1999, p. 35-77
- B. Celano, *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, in *Law and Philosophy*, 2000, Vol. 19, n. 2, p. 173-199
- B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi & diritto* 2004, 2005, p. 53-74
- B. Celano, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, Vol. 35, n. 1, p. 161-184
- B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, n. 3, p. 427-444
- B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010
- B. Celano, *True Exceptions: Defeasibility and Particularism*, in J. Ferrer Beltrán and G.B. Ratti (eds), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, OUP, Oxford, 2012, p. 268-287
- B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013
- B. Celano, *Consuetudine: un'analisi concettuale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2014, Vol. 14, p. 597-667
- B. Celano, *Rule of Law e particolarismo etico*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 237-285
- B. Celano, *Pre-conventions*, in *Revus*, 2016, Vol. 30, p. 9-32
- B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, II ed. ampliata, 2021
- B. Celano, *La teoria del diritto di H.L.A. Hart*, Il Mulino, Bologna, 2023
- A. Celletti, P. Costantini, E. Primeri, S. Romagnosi, [L'focus del rapporto ANVUR 2023: Analisi di genere](#), ANVUR, 2023
- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, OUP, Oxford, 1961
- M. Maldonado, P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano. Volume 1*, Marcial Pons, Madrid, 2019
- F. Poggi, *Diversi per diritto. Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2015, Vol. 15, n. 2, p. 9-35
- A. Schiavello, J.J. Moreso, M. Brigaglia, *The Whole of the Moon: Bruno Celano filosofo del diritto*, in *Giornale di Metafisica*, 2023, Vol. 1, p. 5-19
- S. Zorzetto, *En Teoría Hay Mujeres (En Teoría): oltre l'ambiguità sintattico-semantica*, in *Milan Law Review*, 2023, Vol. 4, n. 2, p. 11-24



# **Barreras estructurales en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género**

Structural barriers in accessing justice for victims of gender-based violence

ANNA DE GIULI

Dottoranda in Filosofia del diritto

Università degli Studi di Milano

[anna.degiuli@unimi.it](mailto:anna.degiuli@unimi.it)

---

## ABSTRACT

---

Cada vez son más frecuentes las reflexiones sobre causas estructurales de discriminación – como, por ejemplo, aquellas sobre injusticia epistémica y estereotipación – que destacan la necesidad de una intervención institucional estructurada para afrontar este problema. En este trabajo, el objetivo es identificar la presencia de diferentes tipos de barreras con las que se encuentran las mujeres en el acceso a la justicia y que conllevan un trato desigual. Con esta finalidad, se abordará primero el concepto de subdiscriminación, al estar éste relacionado con el marco de trabajo propuesto por el derecho antidisubordinatorio que pretende erradicar aquellos factores culturales y jurídicos que forman parte de un sistema de relaciones de poder asimétricas. Segundo, se aclarará el concepto de acceso a la justicia, haciendo hincapié en la igualdad desde la perspectiva ofrecida por la CEDAW. Por último, se hará referencia a las barreras que encuentran las



DOI: 10.54103/milanlawreview/24193

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

víctimas de violencia de género en el acceso a la justicia tanto en el plano socioeconómico y cultural como a nivel institucional.

**Keywords:** Acceso a la justicia; CEDAW; Discriminación; Víctima Ideal; Victimización Secundaria.

Reflections on structural causes of discrimination - such as, for example, those on epistemic injustice and stereotyping – are increasingly underlying the need for structured institutional intervention to address this problem. On this paper, the aim is to highlight the presence of different types of barriers that women encounter in accessing justice that lead to unequal treatment. To this end, the concept of "subordiscrimination" will be addressed, as it is related to the framework proposed by "anti-subordiscriminatory" law, which aims to eradicate those cultural and legal factors that are part of a system of asymmetrical power relations. Secondly, the concept of access to justice will be clarified, with an emphasis on equality from the perspective offered by the CEDAW. Finally, the paper will focus on the barriers that victims of gender-based violence face in accessing justice both at the socio-economic and cultural level as well as at the institutional level.

**Keywords:** access to justice; CEDAW; discrimination; ideal victim; secondary victimization.

---

This paper has been subjected to double-blind peer review

## **Barreras estructurales en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género\***

SUMMARY: 1. Introducción – 2. De la injusticia epistémica y la estereotipación judicial al concepto de “subdiscriminación” – 3. ¿Qué “acceso a la justicia”? Una breve aclaración desde la igualdad – 4. Barreras a nivel “socioeconómico y cultural” e “institucional” en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género.

### **1. Introducción**

En los últimos años es posible identificar una creciente producción en el marco de la literatura jurídica de reflexiones acerca de elementos encubiertos de la cultura social y jurídica que impiden el goce de una igualdad efectiva. La presencia de estos elementos ocultos ha llevado incluso a replantear el mismo concepto de discriminación ya que la referencia a las formas de discriminación directa e indirecta no parece ser suficiente a la hora de resaltar el papel de las causas estructurales en la situación de discriminación que sufren determinados colectivos.

En este sentido, en este trabajo, en lugar de hablar de “causas estructurales”, se hará referencia a las “barreras estructurales” y la razón de esta elección está estrechamente relacionada con el tema de este trabajo. En concreto, ciertos colectivos a causa (y dentro) de un determinado contexto histórico, económico y social experimentan una situación de desventaja a la hora de acceder al sistema de justicia. Por tanto, dichas causas actúan como barreras porque impiden y frustran el acceso a la justicia y, consiguientemente, determinados colectivos se ven obligados a enfrentarse a estas barreras.

Además, en un trabajo en el que se toma en consideración la perspectiva de las mujeres, es imprescindible la referencia a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y ratificada

---

\* Este trabajo se enmarca en el PID 2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033. Título: Violencias de Género y subordinación estructural: implementación del principio del gender mainstreaming. IP: Juana María Gil Ruiz.

por 189 estados<sup>1</sup>. En ella se sella el compromiso de los Estados Parte por trabajar en todos aquellos elementos que forman parte de una cultura (sub)discriminatoria que, en el marco del derecho de acceso a la justicia, se traduce en el reconocimiento de las barreras que impiden un acceso efectivo de las mujeres a la justicia.

En este sentido, el presente ensayo identificará las barreras que experimentan las mujeres, en particular, en casos de violencia de género, diferenciando aquellas barreras que son propiamente internas y aquellas que son externas al sistema de justicia. Para hacer eso, en primer lugar, se profundizará el concepto de discriminación que mejor se ajusta a un marco de análisis que enfatice los elementos discriminatorios que forman parte de la estructura social y jurídica. Por ello, antes de abordar el concepto de “subdiscriminación”, se evidenciarán algunos aspectos de las reflexiones sobre injusticia epistémica y estereotipación que se relacionan con las causas estructurales de discriminación (§2). En segundo lugar, se ofrecerá una aproximación al concepto de acceso a la justicia, haciendo hincapié en la perspectiva ofrecida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) que explora su significado a la luz del principio de igualdad y de no discriminación entre hombres y mujeres (§3). Por último, se identificarán las barreras que se presentan a nivel “socioeconómico y cultural” y aquellas que se encuentran en el plano “institucional”, que suponen un impedimento en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género (§4). Así, el objetivo de este trabajo es destacar la existencia de situaciones de injusticia que tienen un fundamento en la propia estructura social y jurídica, a través de la identificación de elementos que ocasionan un impedimento en el acceso a la justicia.

## **2. De la injusticia epistémica y la estereotipación judicial al concepto de “subdiscriminación”**

En la introducción se hizo referencia a la creciente producción de reflexiones en la literatura jurídica que adoptan un enfoque hacia los elementos de la cultura discriminatoria. Entre ellas, cabe destacar aquellas que se ocupan de los conceptos de “injusticia epistémica” y de “estereotipo” y su relevancia para el ámbito jurídico. En concreto, Miranda Fricker, al desarrollar el concepto de “injusticia epistémica”, adopta la perspectiva de la injusticia – en lugar de utilizar aquella del ideal de justicia – con el fin de detectar los casos de injusticia y/o exclusión de tipo epistémico que afectan a aquellos grupos históricamente discriminados, para analizarlos y plantear estrategias para resolverlos<sup>2</sup>. Por otra

---

<sup>1</sup> Es posible visualizar los datos actualizados relativos a la firma y a la ratificación de la CEDAW en el [mapa interactivo](#) proporcionado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR).

<sup>2</sup> D. Latova Santamaría, *Injusticia epistémica*, in *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2023, n. 24, p. 275.

parte, la atención dedicada a la “estereotipación”, como acto o práctica con la que una persona asigna un estereotipo a otra persona por la sola pertenencia a un grupo, se ha centrado especialmente en la práctica judicial y en la detección de estereotipos a partir de asuntos judiciales concretos<sup>3</sup>.

Andrés Páez y Janaina Matida han evidenciado que el enfoque más reciente de la injusticia testimonial epistémica enfatiza “las causas estructurales de discriminación epistémica”<sup>4</sup>, sin detenerse demasiado en la valoración de los prejuicios de identidad implícitos por los problemas que acarrea determinar su presencia efectiva en el oyente<sup>5</sup>. Apartar la atención de los prejuicios del individuo particular puede incluso ser una estrategia más eficaz para abordar un problema que, al estar arraigado a nivel social, influencia incluso la comprensión de la realidad social.

Según Fricker los juicios de credibilidad del hablante tienen un fundamento psicológico, ya que se basan en estereotipos entendidos como heurísticos, siendo estos mecanismos cognitivos fundamentales en el intercambio testimonial cotidiano. Estos juicios pueden requerir un proceso de categorización social por parte del oyente hacia los hablantes, y es en ese proceso donde pueden insinuarse los prejuicios identitarios<sup>6</sup>. En este sentido, la categorización social está relacionada con las interacciones entre grupos sociales y, por ello, es posible entender el exceso y el déficit de credibilidad como dos caras de la misma moneda<sup>7</sup>, ya que según Medina se basan en una comparación que conlleva una “desproporción entre la credibilidad de los miembros de distintos grupos”<sup>8</sup>. Así, los juicios de credibilidad tienen una naturaleza interactiva, al no tener efectos únicamente en el hablante debido a la influencia indirecta que ejercen en el entorno social<sup>9</sup>. Los excesos de credibilidad se insertan en un sistema de creencias

---

<sup>3</sup> Se señalan, entre otros: R. J. Cook and S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010; A. Timmer, *Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2015, Vol. 63, n. 1, p. 239-284; F. J. Arena (ed.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

<sup>4</sup> A. Páez and J. Matida, *La Injusticia Epistémica en el Proceso Penal*, in *Milan Law Review*, 2023, Vol. 4, n. 2, p. 120.

<sup>5</sup> Sobre el cuestionamiento de la validez del test IAT en la detección del prejuicio implícito se remite al anterior número de esta revista. A. Páez and J. Matida, *La Injusticia Epistémica en el Proceso Penal*, cit.; A. Farano, *Discussing Epistemic Injustice: Expertise at Trial and Feminist Science*, in *Milan Law Review*, 2023, Vol. 4, n. 2, p. 137-150.

<sup>6</sup> M. Fricker, *Injusticia epistémica: El poder y la ética del conocimiento*, Translated by R. García Pérez, 1<sup>o</sup> ed., Herder Editorial, 2017, p. 61 y ss.

<sup>7</sup> A. Páez and J. Matida, *La Injusticia Epistémica en el Proceso Penal*, cit.

<sup>8</sup> D. Latova Santamaría, *Injusticia epistémica*, cit. p. 282.

<sup>9</sup> Al respecto Medina afirma lo siguiente: “Credibility never applies to subjects individually and in isolation from others, but always affects clusters of subjects in particular social

discriminatorios, tanto si se refieren al propio miembro del grupo discriminado<sup>10</sup> como si les afecta de manera indirecta<sup>11</sup>. En este último caso, como señaló Lucia Corso, el daño sería doble: por un lado, el daño derivado de una decisión injusta y, por otro lado, aquel derivado de la humillación de no haber sido escuchado<sup>12</sup>.

Con respecto a lo anterior, cabe señalar que en la propuesta de Fricker las dinámicas sociales desempeñan un papel fundamental, ya que es en ellas donde se dan relaciones de poder y donde se sitúa la experiencia de injusticia, tanto testimonial (relacionada con el sujeto de conocimiento) como hermenéutica (referida a la comprensión social)<sup>13</sup>.

Por tanto, la reflexión sobre la injusticia epistémica, al reconocer la existencia de prejuicios identitarios, evidencia la influencia de los prejuicios a nivel epistémico con el fin de rehabilitar como sujeto de conocimiento al miembro del grupo al que se ocasiona dicho tipo de injusticia. Por otra parte, la reflexión en torno a la estereotipación se está centrando en “nombrar y rebatir” los estereotipos prejuiciosos en el ámbito judicial<sup>14</sup>. En resumen, es posible identificar por lo menos un punto en común a ambas reflexiones – o, incluso, se podría decir que comparten la misma inquietud –, eso es: la atención hacia el impacto discriminatorio que tienen algunos mecanismos sociales y/o cognitivos en el ámbito jurídico.

---

networks and environments. So it should not be surprising that, in the case of excessive attributions of credibility, the disproportionate epistemic trust given to the speaker affects the very dynamic that unfolds in the interaction. By assigning a level of credibility that is not proportionate to the epistemic credentials shown by the speaker, the excessive attribution does a disservice to everybody involved: to the speaker by letting him get away with things; and to everybody else by leaving out of the interaction a crucial aspect of the process of knowledge acquisition: namely, opposing critical resistance and not giving credibility or epistemic authority that has not been earned”. J. Medina, *The Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice and Resistant Imaginations, Studies in Feminist Philosophy*, New York, Oxford University press, 2013, p. 61.

<sup>10</sup> Se trataría, por ejemplo, del caso del hombre negro juzgado como un “experto de drogas” por su raza. A. Páez and J. Matida, *La Injusticia Epistémica en el Proceso Penal*, cit., p. 123.

<sup>11</sup> El ejemplo del Síndrome de Alienación Parental ofrecido por Alessia Farano se enmarca dentro de aquellos saberes pseudo-científicos que llegan a tener relevancia en el proceso por su aparente científicidad y que esconden sus raíces discriminatorias. A. Farano, *Discussing Epistemic Injustice: Expertise at Trial and Feminist Science*, cit. Sobre ese punto, se me permita remitir a la reflexión presente en: A. De Giuli, [Los sesgos en el conocimiento judicial: Para un control del sentido común y de la pseudo-ciencia](#), in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2024, Vol. 58, p. 173-197.

<sup>12</sup> L. Corso, *Epistemic Injustice, Judiciary Reasoning and Stereotypes: From Narrow, to Broad, to Broader*, in *Milan Law Review*, 2023, Vol. 4, n. 2, p. 110.

<sup>13</sup> D. Latova Santamaría, *Injusticia epistémica*, cit.

<sup>14</sup> Se hace referencia al método del “naming and contesting” en el marco de la justificación de la sentencia. A. Timmer, *Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2011, Vol. 11, n. 4, p. 707-738.

El contexto en el que prejuicios, estereotipos y expectativas de comportamiento se desarrollan tiene una importancia fundamental a la hora de reconocer su carácter discriminatorio y el efecto en las condiciones de discriminación que viven ciertos grupos. Es el contexto de relaciones de poder y de asimetría lo que nos lleva a situarnos en el marco teórico de la llamada “subdiscriminación”, siendo este un concepto que ha sido propuesto por parte de María Angeles Barrerè Unzueta y que tuvo su aceptación y su empleo en el marco del Derecho Antidiscriminatorio Crítico.

En verdad, se podría hacer referencia también a otras expresiones que a menudo son utilizadas como sinónimos, tales como “discriminación estructural”, “discriminación sistémica” y “discriminación institucional”, ya que cada una de estas nociones de discriminación se corresponden con enfoques que resaltan el papel de las estructuras y de las prácticas en el mantenimiento de las condiciones de discriminación. En este sentido, situar este discurso en el marco de la subdiscriminación o de la discriminación estructural o sistémica no significa considerar estas nociones como incompatibles o alternativas con respecto a aquellas de discriminación directa, indirecta o interseccional, sino que este marco teórico permite canalizar la atención hacia aquellas conductas o praxis que siguen un patrón discriminatorio y que a menudo pasan desapercibidas a causa de su interiorización en la misma sociedad.

A este respecto, el desarrollo y el uso del concepto de discriminación estructural por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos representa una interpretación evolutiva de la igualdad ante la ley y, en concreto, de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>15</sup>. Y es que, al final, referirse a la discriminación sistémica o estructural es parte de lo que para Letizia Gianformaggio no es otra cosa que tomar en serio la igualdad, preocupándose también por las condiciones de opresión<sup>16</sup>.

Dentro de las expresiones antes mencionadas, ¿por qué es más acertado, en este trabajo, hablar de subdiscriminación? Barrerè Unzueta en “Feminismo y derecho. Fragmentos para un derecho antisubdiscriminatorio” analiza las definiciones de “discriminación institucional, estructural y sistémica” (p. 330 y ss.), evidenciando que la distinción entre estas expresiones es muy opaca, subrayando que el frecuente uso indistinto de estos términos por parte del pensamiento crítico ha conllevado aún más confusión.

En resumen y siguiendo la propuesta de Kasper Lippert-Rasmussen<sup>17</sup>, el concepto de discriminación institucional está vinculado con el de “institución” o,

---

<sup>15</sup> P. Pelletier Quiñones, *La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista IIDH*, 2014, n. 60, p. 205-215.

<sup>16</sup> L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, Edited by A. Facchi, C. Faralli, and T. Pitch, Il Mulino, Bologna, 2005.

<sup>17</sup> K. Lippert-Rasmussen, *Born free and equal? A philosophical inquiry into the nature of discrimination*, New York: Oxford University Press, 2014.

más bien, “agente colectivo” – tales como “un Estado, una organización, la Iglesia Católica o una universidad”<sup>18</sup> –, mientras que el concepto de discriminación estructural está relacionado con la estructura social. Si bien una institución puede conllevar la presencia de una estructura social, Lippert-Rasmussen afirma que las instituciones no son estructuras sociales (y viceversa) y, por tanto, pueden darse situaciones en las que estamos ante una discriminación estructural y no institucional o, al contrario, ante una discriminación institucional y que no es al mismo tiempo estructural<sup>19</sup>. No obstante, como apunta Barrère Unzueta, no queda claro como las estructuras discriminan según este autor. Además, de lo que se desprende de la reconstrucción realizada por Barrère Unzueta, la expresión de “discriminación sistémica” genera aún más confusión al haber sido empleada con significados muy diversos: de sinónimo de “discriminación estructural” a aquello de “discriminación institucionalizada”, y a estos se añade el significado específico asignado por la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo estadounidense<sup>20</sup>.

En este sentido, Barrère Unzueta identifica tres problemas con el uso de estas expresiones:

En primer lugar, que los adjetivos institucional, estructural y sistémica resultan hasta tal punto intercambiables que pierden una significación propia; en segundo lugar, que ninguno de los términos se refieren, por sí mismos, al poder sobre; y, en tercer lugar, que en las diferentes definiciones queda eclipsado el elemento básico del concepto de discriminación, como es el «trato».

Por ello, propone el uso del término “subdiscriminación”, que sirve para<sup>21</sup>:

designar el conjunto de tratos que, adquiriendo significación en uno o varios sistemas de poder, inferiorizan el estatus de ciertos grupos sociales e impiden que

---

<sup>18</sup> Trad. Mia. *Ivi*, p. 77.

<sup>19</sup> “[W]e can, in principle, have structural discrimination without institutional discrimination-e.g., because institutions are short-lived and ever changing and, thus, do not involve sufficiently orderly and patterned relationships to involve social structures- and institutional discrimination without structural discrimination-e.g., because the discriminating institution does not constitute or regulate major sectors of life and, thus, involves no social structures”. *Ivi*, p. 78

<sup>20</sup> La definición de discriminación sistémica está pensada para el ámbito laboral: “La discriminación sistémica comprende un patrón, una práctica, una política o un caso en el que la supuesta discriminación tiene un amplio impacto en un sector, una profesión, una empresa o un área geográfica”. Más información acerca de la discriminación sistémica se encuentra en la [web de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo](#).

<sup>21</sup> M. A. Barrère Unzueta, *Feminismo y Derecho. Fragmentos Para Un Derecho*, Ediciones Olejnik, 2019, p. 332.

este estatus cambie (es decir, que lo reproducen). A su vez, un trato subordiscriminatorio sería un token del type subordiscriminación

Se trata de una definición en la que se resaltan los conceptos de “poder” y de “subordinación”, los cuales tienen una estrecha relación con la reflexión propuesta por Fricker acerca de la injusticia epistémica. Además, parece interesante subrayar que situarse en un marco de derecho antisubordiscriminatorio se relaciona con el marco de trabajo propuesto en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)<sup>22</sup>. Dicho Convenio ha sido ratificado por 37 estados miembros del Consejo de Europa y a partir del 28 de junio de 2023 también ha sido ratificado por la Unión Europea (entrada en vigor el 1/10/2023)<sup>23</sup>. Por ello, la relevancia de este Convenio, con respecto al marco de trabajo propuesto por el Derecho Antisubordiscriminatorio, se debe a que supone el “primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica” y esta violencia se reconoce como “una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación, considerando responsables a los Estados si no responden de manera adecuada”<sup>24</sup>.

En este sentido, apostar por un nuevo Derecho antisubordiscriminatorio supone que, en palabras de Juana María Gil Ruiz, “ante una situación de exclusión estructural, el Derecho no puede responder con ‘betadine’ jurídico que en ningún caso serviría para erradicar el cáncer estructural de partida, sino con medidas deconstructivas que vengán a explosionar la estructura históricamente solidificada y legitimada por él mismo”<sup>25</sup>

Por supuesto, debido a la reciente acogida del concepto de “subordiscriminación”, es más frecuente la referencia a las expresiones de “discriminación estructural”, “discriminación sistémica” y “discriminación institucional”. No obstante, los objetivos perseguidos parecen claros: por un lado, revelar la presencia de prácticas discriminatorias encubiertas y sutiles que son parte de una estructura (social y jurídica) que perjudica especialmente a ciertos grupos históricamente oprimidos y, por el otro, proponer estrategias a nivel institucional para contrarrestar dichas prácticas.

---

<sup>22</sup> Dicha relación se encuentra desentrañada en J. M. Gil Ruiz (Ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Dykinson S.L., Madrid, 2018.

<sup>23</sup> Los datos actualizados de las firmas y ratificaciones del Convenio de Estambul están disponibles en la [página web](#) del Consejo de Europa.

<sup>24</sup> J. M. Gil Ruiz (ed.), *Estudio preliminar*, in *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Dykinson, 2018, p. 18.

<sup>25</sup> J. M. Gil Ruiz, *La catarsis del derecho ante la subordiscriminación*, in *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, edited by J. M. Gil Ruiz, Dykinson, 2018, p. 30.

### 3. ¿Qué “acceso a la justicia”? Una breve aclaración desde la igualdad

El “acceso a la justicia” es un derecho humano y es también un elemento integrante del principio del *rule of law* (Estado de Derecho)<sup>26</sup>. Es un derecho humano que, a la vez, tiene la característica de ser funcional para garantizar la efectividad de los otros derechos humanos mediante el sistema de recursos judiciales y de compensaciones ante la vulneración de estos. No es casualidad que haya sido uno de los derechos fundamentales que más ha sido objeto de análisis por parte de los tribunales europeos<sup>27</sup>.

Sobre su formulación lingüística cabe hacer un pequeño paréntesis, ya que es frecuente encontrarse ante diferentes formulaciones que tienen un núcleo común: la tutela de los derechos de las personas (a veces, restringidos a aquellas que tienen la condición de ciudadana/o, dependiendo de la constitución o la carta que los ampare) ante sus violaciones a través de instancias (judiciales) nacionales. Así, la traducción al castellano del artículo 47 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* hace referencia a la “tutela judicial efectiva” como derecho fundamental. No obstante, a menudo se utiliza la expresión “acceso a la justicia” como sinónimo de “tutela judicial efectiva” en otros contextos, como en los informes o las páginas divulgativas<sup>28</sup>. Por otra parte, también es posible

---

<sup>26</sup> Si bien se reconoce que es controvertida la traducción de “rule of law” con la expresión de “Estado de Derecho” y que es posible utilizar otras formas como “Imperio de la ley” y “Principio de legalidad”, lo cierto es que cada expresión tiene connotaciones diferentes. Conforme a cuanto señalado por Puntoycoma, cuando el significado es de “principio de gobierno con régimen de Derecho arreglo al cual se respetan una serie de valores como la democracia, la separación de poderes, los derechos humanos, etc.” es preferible utilizar la traducción “Estado de Derecho”. Puntoycoma, *Boletín de los traductores españoles de las instituciones de la Unión europea*, n. 159, 2018, p. 5-9.

<sup>27</sup> Me refiero, en concreto, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, Ciro Milione afirma que: “Una consulta de la base de datos del TJUE (disponible en línea en <http://http://curia.europa.eu/>) lo pone en evidencia: al 13 de mayo de 2016, el precepto más interpretado por esa Corte es el art. 47 con 169 resoluciones, seguido por el art. 51 («Ámbito de aplicación de la Carta») con 85 y por el art. 21 («No discriminación») con 56. Las mismas consideraciones valen por la norma correspondiente al art. 47 CDFUE en el CEDH: el art. 6. El mismo Tribunal de Estrasburgo indica en su publicación *Overview 1959-2014* (disponible en línea en [http://www.echr.coe.int/Documents/Overview\\_19592014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592014_ENG.pdf) , p. 5, fecha de consultación 19/01/2016) que «More than 42% of the violations found by the Court concern Article 6 of the Convention, whether on account of the fairness or the length of the proceedings.»”. C. Milione, *La Interpretación Del Art. 47 CDFUE Como Expresión de La Labor Hermenéutica Del Tribunal de Luxemburgo En La Construcción de Un Estándar Europeo de Protección de Los Derechos*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2017, n. 39, p. 657.

<sup>28</sup> A título de ejemplo: el informe de la European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) sobre “[El acceso a la justicia en Europa](#)”; la página web del Parlamento Europeo

encontrar la referencia al derecho a un “recurso efectivo” ante los tribunales a nivel nacional en otras cartas internacionales<sup>29</sup>. En el marco europeo, el derecho a un recurso efectivo se reconoce como “componente esencial del derecho de acceso a la justicia”<sup>30</sup>, junto con el “derecho a un proceso equitativo”<sup>31</sup>. En definitiva, se observa que la preferencia de una expresión sobre otra depende más bien de las referencias normativas y jurisprudenciales que se tomen en consideración y, en el caso de este artículo, parece más coherente el uso de la expresión de “acceso a la justicia” al referirse principalmente a la CEDAW.

El derecho de acceso a la justicia se sustancia, por un lado, en el derecho a acudir a los tribunales – y en esto se incluye también el derecho a presentar recursos – ante violaciones de sus derechos y, por otro lado, en la obligación que tienen los tribunales de cumplir sus funciones jurisdiccionales, dictando una resolución sobre el fondo y debiendo estar dicha resolución fundada en derecho<sup>32</sup>. Mauro Cappelletti evidenció ya en 1984 como el análisis jurídico acerca del derecho de acceso a la justicia estaba experimentando una “inversión copernicana”<sup>33</sup> en las perspectivas adoptadas. En particular, Cappelletti se refiere al cambio en la percepción de las normas, de los principios, de los instrumentos jurídicos y de las mismas instituciones desde la perspectiva de quien gobierna a aquella de quienes son gobernados y que, por tanto, son los “consumidores del derecho y de la justicia”<sup>34</sup>.

---

sobre “[Garantizar el acceso a la justicia](#)”; el Consejo de Europa tiene un “[Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia](#)” y el mismo [Portal Europeo de e-Justicia](#) explicita en su portada principal su objetivo de mejorar el acceso a la justicia.

<sup>29</sup> Es este el caso del art. 8 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH, adoptada en 1948) y del art. 13 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (eso es, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH, firmado en 1950).

<sup>30</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, and Consejo de Europa. *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016, p. 103.

<sup>31</sup> La “Relación entre los derechos de acceso a la justicia en el marco del Derecho del CdE [Consejo de Europa] y de la UE [Unión Europea]” y, en particular, las mencionadas componentes esenciales del derecho de acceso a la justicia (el derecho a un recurso efectivo y el derecho a un proceso equitativo) se abarcan en: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea and Consejo de Europa, *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, cit., p. 21 y ss.

<sup>32</sup> I. Díez-Picazo Giménez, *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, in *Cuadernos de derecho público*, 2000, n. 10, p. 13-38.

<sup>33</sup> Traducción mía. M. Cappelletti, *Ordinamento Giudiziario: Quale Riforma?*, in *Il Foro Italiano*, 1984, Vol. 107, n. 4, p. 129.

<sup>34</sup> Traducción mía. Dicha expresión, citada por Mauro Cappelletti, es de Edmond Cahn. M. Cappelletti, *Ordinamento Giudiziario: Quale Riforma?*, cit., p. 129. E. Cahn, *Law in the Consumer Perspective*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1963, Vol. 112, n. 1, p. 1-21.

Es en esta perspectiva de los “consumidores del derecho y de la justicia”, primero, que desempeña un papel central el “acceso” al derecho, a sus instituciones y, por ende, a la justicia misma y, segundo, que reviste particular importancia el análisis de las barreras que impiden ese acceso. En este sentido, parece relevante señalar que cada causa de discriminación puede llevar a un estudio específico de las barreras que experimentan las personas que comparten un determinado atributo discriminatorio. Por ejemplo, con respecto a la “discapacidad” como causa de discriminación en el acceso a la justicia, cada vez existen más estudios al respecto, a través de la elaboración de guías, principios<sup>35</sup> e, incluso, se ha llegado a proponer la introducción de una “perspectiva de discapacidad”<sup>36</sup> y se están replanteando institutos jurídicos<sup>37</sup>. Ahora bien, adoptar la perspectiva ofrecida por el Comité CEDAW nos lleva a profundizar en las barreras en el acceso a la justicia de las mujeres, aunque cabe mencionar que el Comité CEDAW resalta la necesidad de abarcar otras causas de discriminación empleando una óptica interseccional. Así, una mujer puede experimentar barreras específicas dependiendo de su edad, su raza, su clase social, la discapacidad, etc.

En la misma CEDAW es posible encontrar referencias al derecho de acceso a la justicia, al disponer una obligación de los Estados parte en la adopción de todas aquellas medidas necesarias para que la mujer pueda ejercer y gozar de todos “los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (art. 3 CEDAW), remarcando la necesidad de reconocer la igualdad ante la ley de mujeres y hombres (art. 15 CEDAW). Asimismo, los Estados deben comprometerse a “establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación” (art. 2 de la CEDAW, letra c).

Además, parece muy relevante la labor del Comité CEDAW a través de las Recomendaciones generales. En dichos documentos, el Comité CEDAW ha podido concretizar más los límites y las barreras que encuentran las mujeres en el disfrute de ese derecho humano y las medidas que los Estados parte tienen que adoptar

---

<sup>35</sup> Por ejemplo, J. M. Fernández Martínez (ed.), *Guía de Buenas Prácticas Sobre El Acceso a La Justicia de Las Personas Con Discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2021; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, Ginebra, 2020.

<sup>36</sup> Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

<sup>37</sup> El ejemplo más evidente y subversivo es el replanteamiento del concepto mismo de “capacidad” a nivel jurídico para poder superar el binarismo capacidad-incapacidad en una óptica más inclusiva y respetuosa de los derechos de las personas con discapacidad. M. G. Bernardini, *La capacità vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2021.

para su superación. En concreto, se observa una preocupación significativa por todos aquellos elementos que son internos al propio sistema jurídico y que suponen un impedimento al derecho a la igualdad sustantiva de la mujer con el hombre. En otras palabras, la preocupación del Comité CEDAW es sobre las diferencias en el trato de mujeres y hombres fundadas en las diferencias de sexo y género y que generan discriminación indirecta. En este sentido, en el par. 16 de la *Recomendación General núm. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, el Comité CEDAW profundiza el concepto de discriminación indirecta, afirmando que:

[l]a discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra. Además, la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre.

Así, la necesidad de educar, formar y apostar por la capacitación de las autoridades públicas y del poder judicial en las formas de discriminación arraigadas en los patrones culturales y sociales se había resaltado ya en 2010 con la *Recomendación núm. 28*. No obstante, el Comité CEDAW en 2015 advirtió la urgencia de abarcar el tema del acceso a la justicia de las mujeres dedicándole por completo la *Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, al haber observado una falta de protección jurisdiccional efectiva de las mujeres de los Estados partes. Así, la capacidad de las mujeres en el acceso a la justicia se ve influenciada negativamente por “los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género” (par. 8) y se ve agravada cuando están co-presentes otras causas de discriminación interseccional u otros factores<sup>38</sup>.

El Comité CEDAW señala que el acceso a la justicia tiene seis componentes esenciales, es decir: la justiciabilidad, la disponibilidad, la accesibilidad, la buena

---

<sup>38</sup> En concreto, “[l]as causas de la discriminación interseccional o compuesta pueden incluir la etnia y la raza, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas, bisexuales, intersexuales”(párr. 8). A estas causas de discriminación, se añaden “[o]tros factores que entorpecen el acceso de las mujeres a la justicia incluyen: el analfabetismo, la trata de mujeres, los conflictos armados, la búsqueda de asilo, los desplazamientos internos, la apatridia, las migraciones, las mujeres que encabezan hogares, la viudez, las que viven con el VIH/SIDA, la privación de libertad, la penalización de la prostitución, el alejamiento geográfico y la estigmatización de las mujeres que luchan por sus derechos”(par. 9).

calidad, la rendición de cuentas de los sistemas de justicia y el suministro de recursos a las víctimas. La definición de cada uno de estos componentes está presente en el par. 14 y, lo que parece relevante destacar en este trabajo es que uno de los elementos que conllevan una buena calidad de un sistema de justicia es tener en cuenta las cuestiones de género. En la *recomendación general núm. 33*, el Comité insiste en la importancia de la educación desde una perspectiva de género y en su incorporación en los diferentes aspectos del sistema de justicia. No cabe duda de que esto es uno de los mayores retos a asumir por las y los profesionales del derecho y por el mismo sistema de justicia, ya que implica una subversión y un replanteamiento de las prácticas y de la cultura jurídica existente. Sin embargo, tampoco cabe duda de que este es el camino que seguir en el marco de trabajo del Derecho Antisubordiscriminatorio.

#### **4. Barreras a nivel “socioeconómico y cultural” e “institucional” en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género**

En el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género es posible identificar barreras que operan en un plano socioeconómico y cultural y otras que están presentes a nivel institucional<sup>39</sup>. Mientras que las segundas están dentro del mismo sistema de justicia, las primeras determinan un impedimento al mismo “acceso” a la justicia. En esta sección, primero, se hará referencia a las barreras socioeconómicas y culturales, para luego abordar más detenidamente las barreras institucionales. Los patrones culturales discriminatorios y los estereotipos de género están presentes en ambos niveles, y es evidente que deben de combatirse a partir de la misma cultura social<sup>40</sup>.

Las barreras a nivel socioeconómico y cultural inciden incluso en la decisión misma de acudir al sistema de justicia. En este sentido, no debe olvidarse que las mujeres del siglo XXI llevan consigo inevitablemente el peso de una historia de los derechos de las mujeres que se ha caracterizado por la exclusión de las mujeres del ámbito público, su segregación a la esfera privada y su

---

<sup>39</sup> La distinción entre barreras a nivel “socioeconómico y cultural” y a nivel “institucional” se encuentra en: Council of Europe, *Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women’s Access to Justice*, 2017. Si bien la *Recomendación General núm. 33* no hace una distinción analítica de las barreras que corresponden a uno u otro nivel, se abordan igualmente a lo largo del documento. Con respecto a las barreras mencionadas en este párrafo, se remite a los párr. 30-35 (“La educación y la concienciación sobre los efectos de los estereotipos”) y párr. 36-37 (“Asistencia jurídica y defensa pública”) de la *Recomendación General núm. 33*.

<sup>40</sup> Quizás es una apreciación evidente, pero no está de más recordar que los estereotipos de género que reproducen una cultura patriarcal no son un problema únicamente del poder judicial, sino de toda la sociedad. Como juristas, nos preocupamos de como los estereotipos afectan o influyen en las labores de los profesionales del derecho. No obstante, los prejuicios o estereotipos de género perjudiciales se construyen en un determinado contexto social y se mantienen a través de la sociedad que los reproduce.

incapacitación parcial (o, dependiendo de la época, total) para ser sujetos de derecho<sup>41</sup>. Por ello, es necesario trabajar en el empoderamiento de las mujeres en acceder al sistema de justicia. Por ejemplo, tal vez las mujeres pueden no estar concienciadas, en primer lugar, en que tienen unos derechos y, en segundo lugar, en que existen instrumentos legales específicos que se pueden instar para requerir su salvaguardia o cumplimiento. Incluso si se tiene dicha concienciación, a veces las costas del proceso representan un elemento altamente disuasorio, ya que una persona tiene que enfrentarse al pago de un/a abogado/a o procurador/a y de las tasas judiciales, a cuyos costes hay que sumar aquellos destinados al transporte, la necesidad de pedir días en el trabajo y, eventualmente, pagar a una persona que lleve a cabo las labores de cuidado (de las/os niñas/os o de las personas mayores de edad, con discapacidad, etc.). A estas barreras se suman otras prácticas señaladas por el Comité CEDAW como, por ejemplo: el hecho de que hay mujeres que puedan estar obligadas a pedir el permiso de iniciar una acción judicial a los componentes de sus familias o a sus comunidades, o el estigma que rodea las mujeres que participan activamente en el sistema de justicia con el fin de luchar por el reconocimiento de sus derechos.

Ante estas barreras que operan a nivel socioeconómico y cultural, las instituciones suelen responder implementando programas de sensibilización y divulgación sobre el funcionamiento del sistema de justicia, diversificando incluso los lugares y las modalidades que brindan apoyo en el acceso a estas informaciones. Por otra parte, también suelen destinarse recursos económicos para poder asegurar la asistencia jurídica gratuita y cubrir las costas del proceso. Se podría cuestionar si los recursos económicos destinados son suficientes, si el umbral para poder acreditar la insuficiencia de recursos económico es demasiado bajo<sup>42</sup> o si acaban repercutiéndose en la calidad del servicio prestado por las/los

---

<sup>41</sup> A. Facchi and O. Giolo, *Una Storia Dei Diritti Delle Donne*, Il Mulino, 2023.

<sup>42</sup> La mención en el texto tiene un carácter general. Hay legislaciones nacionales que en los casos de violencia de género garantizan el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Es este el caso, por ejemplo, de España que en el art. 2 letra h) de la *Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita* afirma que: “Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, (...). A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento”. También el legislador italiano ha previsto la asistencia jurídica gratuita para víctimas de violencia de género y, si bien se ha tratado de recurrir la inconstitucionalidad de la disposición al no prever un umbral económico, la Corte Costituzionale italiana, con

profesionales en el marco de la asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, cada vez hay más esfuerzos institucionales para derrumbar esas barreras que dependen de factores externos al sistema de justicia.

En lo que respecta a las barreras institucionales, entran en este nivel todos aquellos elementos del sistema jurídico y judicial que conllevan una discriminación: desde las normativas discriminatorias y sus incorrectas interpretaciones y aplicaciones, hasta las reglas de los procedimientos legales y la ausencia de una perspectiva de género en ellas, así como la infrarrepresentación de las mujeres entre profesionales del derecho<sup>43</sup>. Con respecto a este segundo plano, resulta interesante la distinción elaborada por el Comité CEDAW que, en la *Recomendación General núm. 33*, reagrupa dos marcos diferentes de trabajo: por un lado, las “Leyes, procedimientos y prácticas discriminatorias” (párr. 21-25, Sección II.B) y, por otro lado, “Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema de justicia y la importancia del fomento de la capacidad” (párr. 26-29, Sección II.C).

Así, en el nivel institucional, los obstáculos en el acceso a la justicia que pueden encontrar las mujeres y que acarrearán una situación de desigualdad con respecto al hombre, pueden tener relación bien con el mismo contenido, bien con los operadores del derecho: por un lado, el foco está en las consecuencias discriminatorias de las leyes, de los procedimientos o de la jurisprudencia; por el otro, está en la falta de capacitación de las instituciones judiciales o cuasi judiciales en examinar casos de violaciones de derechos humanos que sistemáticamente perjudican a las mujeres.

Por ejemplo, uno de los problemas en los casos de violencia de género está ubicado ya en la fase de investigación y está relacionado con “[l]a gestión inadecuada del caso y de la reunión de pruebas en las causas presentadas por mujeres que dan por resultado fallas sistemáticas en la investigación del caso” (Sección II.B, par. 25, vi). En este sentido, la Fiscalía general del Estado de España evidenció la presencia de casos de violencia de género particularmente difíciles a la hora de investigarlos, ya que pueden darse casos donde la víctima no ha denunciado o se ha retractado en su denuncia, o donde no ha habido lesiones físicas o personas que pudiesen testificar lo acaecido. No obstante, la falta de esos elementos no puede traducirse en el archivo automático de las actuaciones. Por ello, la Fiscalía general remarca la necesidad de adoptar la perspectiva de género a la hora de plantear unas estrategias de investigación que permitan profundizar

---

sentencia n. 1 del 2021 ha declarado infundado el recurso al entender que “non appare né irragionevole né lesiva del principio di parità di trattamento, considerata la vulnerabilità delle vittime dei reati indicati dalla norma medesima oltre che le esigenze di garantire al massimo il venire alla luce di tali reati” (Considerato in diritto, párr. 5).

<sup>43</sup> Council of Europe, *Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women’s Access to Justice*, cit., p. 13.

más sobre la comprensión de los hechos<sup>44</sup>. Se trata de no limitar la investigación sólo al “hecho nuclear”, sino a ahondar también en otros elementos probatorios indiciarios o indirectos<sup>45</sup>.

Hasta que no se consigan desarrollar estrategias y herramientas efectivas en la investigación de los delitos de violencia de género, la valoración del testimonio de las mujeres víctimas seguirá teniendo un papel fundamental. Sin embargo, es justamente en esa valoración donde se encuentran buena parte de las barreras mencionadas por el Comité CEDAW. En especial, el marco de la sección “Leyes, procedimientos y prácticas discriminatorias”, tiene relación con: iii) Las normas de corroboración que discriminan contra las mujeres como testigos, querellantes y demandadas exigiendo que cumplan con una carga de la prueba superior a la de los hombres a fin de establecer un delito o solicitar un recurso; iv) Los procedimientos que excluyen o atribuyen un valor inferior al testimonio de las mujeres. Con respecto a la sección sobre “Estereotipos y prejuicios en el sistema de justicia”, ésta se relaciona con: “i) La cuestión de la credibilidad y la ponderación dada a las opiniones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, en su calidad de partes y testigos; ii) Las normas inflexibles que suelen elaborar los jueces y fiscales acerca de lo que consideran un comportamiento apropiado de las mujeres”.

En este sentido, la presencia de procedimientos que excluyen el testimonio de las mujeres o bien le atribuyen un valor inferior está estrechamente relacionado con la (falta de) credibilidad que se le atribuye al relato de la mujer víctima de violencia. El caso emblemático se da cuando una mujer víctima de una violencia es también parte del proceso y solicita una indemnización ante la violencia sufrida. En un caso muy mediático de agresión sexual que está actualmente en fase de juicio y que es objeto de muchos titulares de periódicos españoles (*Caso Dani Alves*), había llamado la atención la declaración de la víctima: “No quiero dinero, solo quiero justicia”. A la base de estos tipos de declaraciones subyace la creencia de que la reclamación de una indemnización económica pueda desvirtuar los hechos y disminuir la credibilidad que se le otorga a la declaración de la víctima. Se trata de una creencia que se apoya en el mito de las denuncias falsas, el cual está relacionado, a su vez, con otro mito: el de la mujer que quiere enriquecerse o vengarse a través de la denuncia. No extraña, entonces, que en un análisis sobre las sentencias de las comunidades de Madrid, Andalucía y Cataluña se haya evidenciado, por un lado, el aparente olvido de la reparación del daño sufrido por la víctima en el 46.39% de las sentencias, a los que se suma un 6.06% de renuncias

---

<sup>44</sup> Unidad de Coordinación de Violencia sobre la Mujer de la Fiscalía General del Estado, *Guía de Actuación Con Perspectiva de Género En La Investigación y Enjuiciamiento de Los Delitos de Violencia de Género*, Fiscalía General del Estado, España, 2020.

<sup>45</sup> J. L. Ramírez Ortiz, *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*, in *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2020, n. 1, p. 201-246.

a la indemnización<sup>46</sup>, y, por el otro lado, el escaso importe fijado por las indemnizaciones por daño moral<sup>47</sup>.

Además, el cuestionamiento de la credibilidad de la víctima puede verse también sustentado por el arquetipo de la "víctima ideal". Se trata de un modelo normativo de víctima, al que puede referirse incluso con expresiones como "buena víctima" o "víctima real", y que se basa en diferentes creencias discriminatorias y/o estereotipadas. En este sentido, el estatus socioeconómico juega un papel fundamental, ya que a las mujeres blancas y de clase medio-alta se les otorga una mayor credibilidad. Por otra parte, parece que aumenta la credibilidad de la mujer el hecho de que en el momento de la violación ésta sea virgen y haya sido violada por un extraño<sup>48</sup>. En este sentido, se ve disminuida la credibilidad tanto de las mujeres que se prostituyen, por asumir que éstas tienen un estilo de vida promiscuo, como de las mujeres casadas porque se conecta al matrimonio un consentimiento implícito que se mantiene en todas las relaciones sexuales llevadas a cabo en el ámbito de la pareja<sup>49</sup>.

La "víctima ideal" tiene también que actuar de una determinada manera. Primero, deberá resistir activamente ante los abusos o agresiones sexuales y denunciar rápidamente los hechos acaecidos. Segundo, en el juicio deberá mostrarse vulnerable, visiblemente afectada y al mismo tiempo deberá mantener un relato de los hechos coherente y consistente. Así, si la víctima sufre pasivamente la agresión y tarda en denunciar los hechos o se muestra como una persona autónoma y segura de sí misma, estaríamos fuera de ese modelo normativo de víctima. La pregunta que surge de manera espontánea ante todos esos rasgos es,

---

<sup>46</sup> "Sí que es generalizado el escaso importe de las indemnizaciones fijadas, concluyendo que los importes a los que se condena, en un 42% inferiores a 3.000.-€, no resarcen el verdadero daño moral que sufre la víctima". M. Barcons, E. Bodelón, J. Martínez, E. Murillo, A. Pisonero, and P. Toledo, *Las Violencias Sexuales En El Estado Español: Marco Jurídico y Análisis Jurisprudencial*, Creación Positiva, 2018, p. 176.

<sup>47</sup> "Respecto de la renuncia de la indemnización por responsabilidad civil concedida, en un 6,06% de los casos se renuncia expresamente a la misma. Por otra parte, es menester resaltar los datos que se advierten del número total de sentencias analizadas: el 46,39% no hace alusión a indemnización alguna. El aparente olvido de la reclamación pecuniaria ya sea por parte del Ministerio Fiscal, o de la acusación particular, y especialmente del órgano juzgador no puede ser obviado. Este dato permite afirmar que la justicia continúa haciendo hincapié en la imposición de la responsabilidad penal del acusado y no así en la órbita de reparación al daño sufrido por la víctima". M. Barcons et al., *Las Violencias Sexuales En El Estado Español: Marco Jurídico y Análisis Jurisprudencial*, cit., p. 176.

<sup>48</sup> C. Ussery, *The Myth of the "Ideal Victim": Combatting Misconceptions of Expected Demeanour in Sexual Assault Survivors*, in *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, 2022, Vol. 27, p. 3-18; K. Parodi Ambel, *Abordando Los Sesgos Contra Las Mujeres Víctimas de Delitos Sexuales En El Poder Judicial Chileno: Un Estudio de Caso*, in *Derecho PUCP*, 23 May 2023, n. 90.

<sup>49</sup> M. Randall, *Sexual Assault Law, Credibility, and Ideal Victims: Consent, Resistance, and Victim Blaming Special Issue: The State of Rape: Ten Years after Jane Doe*, in *Canadian Journal of Women and the Law*, 2010, Vol. 22, n. 2, pp. 397-434.

¿hay alguna mujer que cumpla con todos los rasgos y comportamientos establecidos para la víctima ideal?

La respuesta negativa ante esa pregunta se ve avalada por los esfuerzos que se han llevado a cabo por parte de los altos tribunales e incluso por instituciones y organizaciones que trabajan contra la violencia de género por desmontar cada uno de esos rasgos. En ese sentido, parece interesante incluso la lectura ofrecida por Vicente Magro Servet al reconocer el derecho de la víctima a tener miedo en el proceso penal<sup>50</sup> con respecto a una sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo<sup>51</sup> en la que él fue ponente. Por otra parte, el Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO) ha ido destacando en los informes de evaluación de los países signatarios del Convenio de Estambul que la víctima de violencia sexual podría mantener comportamientos diferentes a los que normalmente se abarcan en el paradigma tradicional de la agresión sexual que se recoge en diferentes legislaciones. En particular, el GREVIO evidencia la necesidad de un replanteamiento de ese paradigma tradicional, ya que una agresión sexual no se lleva a cabo necesariamente con el uso de la fuerza<sup>52</sup>, el rechazo puede que no se manifieste verbalmente de manera clara<sup>53</sup> o que la víctima puede no resistirse activamente a la agresión<sup>54</sup>.

En definitiva, el ordenamiento jurídico y, más en concreto, el sistema de justicia tiene que actuar con la debida diligencia en los casos de violencia de género<sup>55</sup>. Esa debida diligencia debe sustanciarse tanto en la prevención como en la investigación y en el enjuiciamiento de esos delitos. No obstante, cuando esa diligencia falta, se alimentan tanto formas de victimización secundaria como una cultura de la impunidad<sup>56</sup>. Así, cuando los mitos, los estereotipos de género, los prejuicios y todos los demás elementos que forman parte de un sistema de creencias discriminatorio, se ven reflejados en la práctica judicial, la mujer víctima de violencia de género ve frustradas sus expectativas legítimas y su confianza hacia el sistema de justicia como institución que debería brindarle apoyo ante las

---

<sup>50</sup> V. Magro Servet, *El derecho de la víctima a tener miedo en el proceso penal y la afectación a su credibilidad*, in *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 12 March 2021, n. 9809.

<sup>51</sup> TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 119/2019, 6 Mar. 2019 (Rec. 779/2018)

<sup>52</sup> GREVIO, *Baseline Evaluation Report Albania*, 24 November 2017.

<sup>53</sup> GREVIO, *Baseline Evaluation Report Austria*, 27 September 2017.

<sup>54</sup> GREVIO, *Baseline Evaluation Report Spain*, 25 November 2020; European Parliamentary Research Service, *Definitions of Rape in the Legislation of EU Member States*, European Union, Brussels, 2024.

<sup>55</sup> Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, *Jurisprudencia y Doctrina Sobre Debida Diligencia Reforzada En La Investigación de Crímenes de Género*, Ministerio Público Fiscal - Procuración General de la Nación República Argentina, Argentina, 2017.

<sup>56</sup> M. Sánchez Busso, *Acceso a la justicia. El ejercicio de un derecho humano fundamental en mujeres víctimas de violencia de género*, in *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinatorio*, edited by J. M. Gil Ruiz, Dykinson, 2018, p. 349-371.

violaciones de sus derechos. En su lugar, la víctima se encuentra con una realidad institucional que le no presta una adecuada atención y tampoco reconoce su experiencia individual. En este sentido, el acceso a la justicia se ve progresivamente perjudicado por las diferentes barreras que la mujer víctima de violencia de género encuentra a lo largo de las diferentes fases del proceso (de la instrucción al juicio oral), y por parte de diferentes operadores del derecho (policías, fiscalía, judicatura...). Todo ello genera una situación de victimización secundaria, donde la mujer acaba experimentando una segunda experiencia victimal (la primera es con su agresor) por la respuesta dada por las instituciones<sup>57</sup>. Así, se refuerzan y legitiman patrones y creencias discriminatorios y, al mismo tiempo, se alimenta una cultura de la impunidad. Esta impunidad no se limita a no responsabilizar al sujeto activo de su conducta delictiva, sino que “envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”<sup>58</sup>.

En conclusión, para trabajar en el nuevo modelo de Derecho Antisubdiscriminatorio se hace necesario seguir diversificando las reflexiones – como, por ejemplo, aquellas sobre injusticia epistémica y estereotipación – en torno a elementos que son parte de estructuras y sistemas discriminatorios. Dichas reflexiones revisten una importancia fundamental a la hora de captar las diferentes maneras en las que estas injusticias se externalizan y los impactos que tienen en el ámbito jurídico. Desentrañar todos los mecanismos que generan injusticias sistemáticas y socialmente situadas es un paso necesario – aunque, a la vez, complejo – para perseguir una igualdad efectiva.

## Bibliografía

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, and Consejo de Europa. *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016

F.J. Arena (ed.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022

---

<sup>57</sup> C. Gutiérrez de Piñeres Botero, E. Coronel, and C. Andrés Pérez, *Revisión Teórica Del Concepto de Victimización Secundaria*, in *Liberabit*, 2009, n. 15, p. 49-58.

<sup>58</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, [Caso González y otras \(“Campo Algodonero”\) Vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas](#). Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 400.

- M. Barcons, E. Bodelón, J. Martínez, E. Murillo, A. Pisonero, and P. Toledo, *Las Violencias Sexuales En El Estado Español: Marco Jurídico y Análisis Jurisprudencial*, Creación Positiva, 2018
- M.A. Barrère Unzueta, *Feminismo y Derecho. Fragmentos Para Un Derecho*, Ediciones Olejnik, 2019
- M.G. Bernardini, *La capacità vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2021
- E. Cahn, *Law in the Consumer Perspective*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1963, Vol. 112, n. 1, p. 1-21
- M. Cappelletti, *Ordinamento Giudiziario: Quale Riforma?*, in *Il Foro Italiano*, 1984, Vol. 107, n. 4, p. 129/130-139/140.
- R.J. Cook and S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010
- L. Corso, *Epistemic Injustice, Judiciary Reasoning and Stereotypes: From Narrow, to Broad, to Broader*, in *Milan Law Review*, 2023, Vol. 4, n. 2, p. 100-113
- Council of Europe, *Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women's Access to Justice*, 2017
- A. De Giuli, *Los sesgos en el conocimiento judicial: Para un control del sentido común y de la pseudo-ciencia*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2024, Vol. 58, p. 173-197.
- I. Díez-Picazo Giménez, *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, in *Cuadernos de derecho público*, 2000, n. 10, p. 13-38
- Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022
- European Parliamentary Research Service, *Definitions of Rape in the Legislation of EU Member States*, European Union, Brussels, 2024
- A. Facchi and O. Giolo, *Una Storia Dei Diritti Delle Donne*, Il Mulino, 2023
- A. Farano, *Discussing Epistemic Injustice: Expertise at Trial and Feminist Science*, in *Milan Law Review*, 2023, Vol. 4, n. 2, p. 137-150
- J. M. Fernández Martínez (ed.), *Guía de Buenas Prácticas Sobre El Acceso a La Justicia de Las Personas Con Discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2021
- M. Fricker, *Injusticia epistémica: El poder y la ética del conocimiento*, Translated by R. García Pérez, 1º ed., Herder Editorial, 2017
- L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, Edited by A. Facchi, C. Faralli, and T. Pitch, Il Mulino, Bologna, 2005
- J. M. Gil Ruiz (ed.), *Estudio preliminar*, in *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinador*, Dykinson, 2018, p. 15-26

- J. M. Gil Ruiz, *La catarsis del derecho ante la subdiscriminación*, in *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio*, edited by J. M. Gil Ruiz, Dykinson, 2018, p. 27-42
- GREVIO, *Baseline Evaluation Report Albania*, 24 November 2017
- GREVIO, *Baseline Evaluation Report Austria*, 27 September 2017
- GREVIO, *Baseline Evaluation Report Spain*, 25 November 2020
- C. Gutiérrez de Piñeres Botero, E. Coronel, and C. Andrés Pérez, *Revisión Teórica Del Concepto de Victimización Secundaria*, in *Liberabit*, 2009, Vol. 15, p. 49-58
- D. Latova Santamaría, *Injusticia epistémica*, in *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2023, n. 24, p. 274-299
- K. Lippert-Rasmussen, *Born free and equal? A philosophical inquiry into the nature of discrimination*, New York: Oxford University Press; 2014
- V. Magro Servet, *El derecho de la víctima a tener miedo en el proceso penal y la afectación a su credibilidad*, in *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 12 March 2021, no. 9809
- J. Medina, *The Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice and Resistant Imaginations*, Studies in Feminist Philosophy, New York, Oxford University press, 2013
- C. Milione, *La Interpretación Del Art. 47 CDFUE Como Expresión de La Labor Hermenéutica Del Tribunal de Luxemburgo En La Construcción de Un Estándar Europeo de Protección de Los Derechos*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2017, n. 39, p. 655-674
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, Ginebra, 2020
- A. Páez and J. Matida, *La Injusticia Epistémica en el Proceso Penal*, in *Milan Law Review*, 2023, Vol. 4, n. 2, p. 114-136
- K. Parodi Ambel, *Abordando Los Sesgos Contra Las Mujeres Víctimas de Delitos Sexuales En El Poder Judicial Chileno: Un Estudio de Caso*, in *Derecho PUCP*, 23 May 2023, n. 90
- P. Pelletier Quiñones, *La "discriminación estructural" en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista IIDH*, 2014, n. 60, p. 205-215
- J.L. Ramírez Ortiz, *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*, in *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2020, n. 1, p. 201-246

M. Randall, *Sexual Assault Law, Credibility, and Ideal Victims: Consent, Resistance, and Victim Blaming Special Issue: The State of Rape: Ten Years after Jane Doe*, in *Canadian Journal of Women and the Law*, 2010, Vol. 22, n. 2, p. 397-434

M. Sánchez Busso, *Acceso a la justicia. El ejercicio de un derecho humano fundamental en mujeres víctimas de violencia de género*, in *El Convenio de Estambul como marco de derecho antidisriminatorio*, edited by J. M. Gil Ruiz, Dykinson, 2018, p. 349-371

A. Timmer, *Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2011, Vol. 11, n. 4, p. 707-738

A. Timmer, *Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2015, Vol. 63, n. 1, p. 239-284

Unidad de Coordinación de Violencia sobre la Mujer de la Fiscalía General del Estado, *Guía de Actuación Con Perspectiva de Género En La Investigación y Enjuiciamiento de Los Delitos de Violencia de Género*, Fiscalía General del Estado, España, 2020

Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, *Jurisprudencia y Doctrina Sobre Debida Diligencia Reforzada En La Investigación de Crímenes de Género*, Ministerio Público Fiscal - Procuración General de la Nación República Argentina, Argentina, 2017

C. Ussery, *The Myth of the "Ideal Victim": Combatting Misconceptions of Expected Demeanour in Sexual Assault Survivors*, in *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, 2022, Vol. 27, p. 3-18



## **Rule of law, rule of men, and rule of women. Reforming power and decision-making processes**

ISABEL TRUJILLO

Full Professor

University of Palermo, Italy

[isabel.trujillo@unipa.it](mailto:isabel.trujillo@unipa.it)

---

### ABSTRACT

---

The necessity to provide new guidance to States parties on ensuring equal and inclusive representation of women in decision-making systems according to Articles 7 and 8 of the CEDAW Convention presupposes a renewed vision of global and local governance that in my opinion passes through the reconsideration of the principle of the rule of law and its ability to avoid arbitrary power. On the one hand, a women-friendly rule of law should emphasize the demands of participation in deliberation and consultation in decision-making processes, both in formal and in informal settings. On the other hand, a women-friendly rule of law gets along with a horizontal reading of the rule of law able to detect violations in inequalities and discriminations often conveyed by bias and stereotypes. Among the requirements of the rule of law, explainability and accessibility to justice, but also to those essential goods – including access to technologies – necessary for an equal inclusion, could make the difference.



DOI: 10.54103/milanlawreview/24199

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

**Keywords:** Rule of law; Participation; Argumentative nature of law; Explainability; Access to justice.

---

This paper has been subjected to double-blind peer review

# **Rule of law, rule of men, and rule of women. Reforming power and decision-making processes**

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Rule of law over the rule of men: the state of the art – 3. Three ideas on the rule of law – 4. Possible recommendations for the States and parties involved in the implementation of art. 7 and 8 CEDAW.

## **1. Introduction**

After more than 25 years, many of the points indicated in the General Recommendation No. 23 (1997) regarding the implementation of Articles 7 and 8 of the CEDAW Convention are still unsolved.<sup>1</sup> In consideration of this state of affairs, my topic will not be the diagnosis of the conditions of women that prevent them to take part in decision making processes. The question I would like to launch is more radical and thought provoking. Could it be that to include women in decisions-making processes we need to reconsider those processes? This question would appear at first sight too abstract, but I hope to show it is not. I am convinced that starting from this question, it is possible to design specific guidance to ensure equal and inclusive presence of women in decision-making systems, with particular attention to their social economic and cultural rights. I will work on how those decision-making processes should be shaped to include women with a double approach: to work on endemic deficiencies regarding the inclusion of women, but also to foresee new challenges, such as those related to the use of artificial intelligence in decision making processes, to avoid damaging impacts.

I will start from some elements that are already a relevant part of our political and cultural environment at the domestic and international domains. My proposal is to connect the problem of including women in decision-making processes with a specific version of the rule of law. I am fully aware that this means to open a very big and controversial chapter, but after showing its importance both in the domestic and international fields, I will propose a strategy in dealing with its main criticisms and propose some ideas on what I will call the rule of women, i.e. a women friendly rule of law.

---

<sup>1</sup> This contribution has been discussed in the Conference *Promoting Equal and Inclusive Representation of Women in Decision-Making Systems: A Holistic Approach to Economic Empowerment*, organized by the World Trade Institute in Bern, on February the 23, 2024. The conference has been dedicated to the preparation of a new General Recommendation, no. 40, by the UN-CEDAW Committee.

## 2. Rule of law over the rule of men: the state of the art

Despite being widely appreciated over the last fifty years,<sup>2</sup> the rule of law is still the topic of intense discussions. From the point of view of its implementation, there are many difficulties related to authoritarian regimes, to new democracies, but also to democratic societies with long traditions in which we detect violations and deficiencies emerging along the way<sup>3</sup>. From a theoretical approach, there are problems about its content, its moral value, its status, and its extension, i.e. whether it is possible to implement it beyond the State.

The best known of the difficulties with the rule of law is perhaps the countless checklists of requirements that are used to describe its content. Critically, they are sometimes indicated as laundry lists<sup>4</sup>. The United Nations has identified 135 indicators to be used to measure the real presence of the rule of law in countries around the world<sup>5</sup>. I completely share the criticisms on reducing the rule of law to a checklist. What matters about the rule of law is its point, its inspiring idea, that is to limit any form of arbitrary power. But I understand the utility of the lists of requirements as a tool for focusing on some distinctive points of the rule of law particularly important in a specific context. In general, those lists are the result of an effort of adapting the principle of the rule of law to new challenges or to the features of a local context. But those lists are not exhaustive at all. My guess is that it is necessary to understand the rule of law as a polity, as an institutional ethos, as a cultural achievement<sup>6</sup>. For grounding properly this proposal, we should discuss the moral value of the rule of law, that is neither liberty without equality, nor

---

<sup>2</sup> Even those that are against the rhetoric of the rule of law and indicate it as an international slogan eventually recognize its importance in almost all the different legal traditions. See M. Krygier, *The Rule of Law: Pasts, Presents and Two Possible Futures*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2016, Vol. 12, n. 1, p. 199-229. As an introduction to the rule of law see B. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

<sup>3</sup> In Europe: Poland, Hungary, and recently Spain with the problem of amnesty for Catalan separatists.

<sup>4</sup> J. Waldron, *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in J. Meierhenrich & M. Loughlin (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 121-136. On the limits of the anatomical approach of list of desiderata, M. Krygier, *The Rule of Law: Pasts, Presents and Two Possible Futures*, cit.

<sup>5</sup> *The United Nations Rule of Law Indicators. Implementation Guide and Projects Tools*, by the Department of Peacekeeping Operations and Officer of the High Commissioner for Human Rights, 2011. See also the World Justice Project Rule of Law, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global>.

<sup>6</sup> M. Krygier, *What's the point of the Rule of Law?*, in *Buffalo Law Review*, 2019, Vol. 67, n. 3, p. 743-791.

liberty against equality,<sup>7</sup> but liberty and equality. I must skip this foundational question. I will concentrate on three features of the idea of the rule of law and on two “women-friendly” requirements.

On the international front, and at the United Nations, a milestone in the promotion of the rule of law is the article n. 9 of the United Nations Millennium Declaration of 2000, of the United Nations General Assembly, which aims to strengthen the rule of law in international and domestic law. It has activated countless further initiatives, actions and even funding to implement it. In this context, the reference to the rule of law can be summarized in the famous definition of Secretary Kofi Annan, of the rule of law as “a principle of governance in which all persons, institutions, and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency”<sup>8</sup>.

At a different level, in the European Union, integration through law indicates the project of strengthening the rule of law, considered as a precondition for the protection of rights. The Preamble and Article n. 2 of the Treaty on European Union treasure the rule of law as one of the founding values shared by the Union and the Member States, together with human rights<sup>9</sup>. In 2016 the plenary meeting of the European Commission for Democracy Through Law (the so-called Venice Commission) worked on a list of indicators – one of the possible checklists of the rule of law – which develops the various aspects to be brought to attention of the Member States: (1) a transparent, accountable and democratic process for lawmaking; (2) legal certainty; (3) the prohibition of arbitrariness; (4) access to justice before independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts; (5) respect for human rights; and (6) nondiscrimination and equality before the law. The Venice Commission maintains that the rule of law must be reinforced because it is able of producing certain and predictable rules, in which everyone has the right to be treated by those who make decisions with dignity, equality and rationality, and where everyone could challenge decisions

---

<sup>7</sup> About the predominance of liberty on equality there is a debate: see for instance J. Shklar, *Political Theory and the Rule of Law*, in A.C. Hutchinson & P. Monahan (eds.), *The rule of law. Ideal or ideology*, Carswell, Toronto, 1987, p. 1-16.

<sup>8</sup> UN Doc. S/2004/616 (2004), para. 6.

<sup>9</sup> On the synergy among the three pillars of the European Union, rule of law, rights, and democracy, see J. H. Weiler, *Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: An Exploratory Essay*, in *Philosophical Foundations of European Union Law*, in *Philosophical Foundations of Law*, online edn., Oxford Academic, Oxford, 2013.

affecting herself before independent people, in impartial courts and through fair procedures.

Before presenting my version of the rule of law, it is worth noticing that, from the historical point of view, the rule of law is famously defined in contrast to the rule of men. Against the Platonic idea of the government of the best men (the most virtuous, the wisest), Aristotle supports the superiority of the government of the law<sup>10</sup>. On the one hand, Aristotle is speaking of the process of decision making of collective legislation, that has the advantage of being the synthesis of several points of view, and not just the whims and unilateral vision of one single person. The superiority of the former is well exemplified by the analogy with the banquet in which everyone brings a food, compared to the one in which one person provides the menu of the day. The former is probably richer than the second. On the other hand, collective legislation is plausibly grounded on reasons without passions and emotions. It is interesting to notice that at least on this occasion the emotional and passionate – irrational? – human behavior for which it is necessary to find a rational alternative is referred to males and not to women. Women certainly had no part in the decision-making process being discussed at the time.

The seminal idea of the superiority of the rule of law has developed afterwards in many different forms of limitation of power, from the medieval distinction of different kinds of power (*iurisdictio* and *gubernaculum*)<sup>11</sup> to the revindication of rights (first of all, the *habeas corpus*); from the model of the *Rechtsstaat* to the list of requirements able to distinguishes the rule of law from a managerial government<sup>12</sup>. What distinguishes the law from a managerial regime is that according to the latter those who command establish ends and means, and the action of the subordinates has a merely executive character. On the contrary, the rule of law is a way of governing that respects the autonomy and dignity of the recipient of the rules. To realize this aim, law must be prospective and non-retroactive, practicable, promulgated, clear, intelligible, coherent, and consistent, stable, and applied by officials subjected to the same rules than citizens<sup>13</sup>. It is possible to elaborate different lists of requirements in consideration of different sets of institutions, actors involved, local difficulties. But there is a consensus on the organic idea of the rule of law meaning the limitation of arbitrariness for the protection of free, rational, and equal individuals. Nonetheless, along all this history looking for fair and rational decision processes, women have been set aside. This is the reason for reconsidering some of its features.

---

<sup>10</sup> Aristotle, *Politics*, III, 15, 1286a, 8-9.

<sup>11</sup> On the idea that the scope of the protection of rights (justice) always constitutes a limit to sovereign power see G. Palombella, *The Rule of Law and its Core*, in G. Palombella & N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 17-42.

<sup>12</sup> L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969.

<sup>13</sup> L.L. Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 33-38.

I will sketch three aspects of the rule of law inspired by these ideas, necessary for working on the more operational level.

### 3. Three ideas on the rule of law

Since the end of the 1990s, the theoretical discussion on the rule of law has concentrated around the distinction between its formal and substantive conceptions. The most known version of this problem emerges in the opposition between the rights-thesis and the no-rights thesis<sup>14</sup>. According to the formal version, the rule of law is not engaged in any way with human rights, whereas the substantive version links the rule of law to the protection of rights<sup>15</sup>. I cannot even argue with this point here. I will only say that, even though the rule of law has not the task of defining which rights we have, it belongs to the field of legal guarantees and its implementation can be measure in terms of protection of rights<sup>16</sup>. From the historical and institutional point of view, the protection of rights has been clearly part of the fight against tyranny and despotism.

The better-known feature of the rule of law, in fact, is its formality, that has to be understood as focussed on legal procedures. The rule of law regards the way in which law works. To examine this aspect, we need to put aside for a moment the coercive side of State law and focus on law as an enterprise built on different argumentative processes – legislation, negotiation, adjudication, administrative decision making, mediation –. The limitation of arbitrariness in all those contexts comes from participation in deliberative decision-making processes. Participation is related to the involvement of those that the decisions affect, according to the old legal principle *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet* (what touches all ought to be approved by all). The opinion of those affected count. And women are the half of the possible affected. This principle conveys two demands: the demand for an active and inclusive participation, and for consultation in deliberation. There are important implications of that principle in many branches of law: obviously in the legislative, but also in adjudication – where the parties must be involved at every stage – and in administrative law. Everyone should be able to present arguments in decisions that affect them in all the stages of a decision-making process: in the consultation before establishing any rules, in the implementation of those decisions, in the resolution of conflicts produced, in contesting those decisions. In this sense, the rule of law is inclusive and democratic, because it is open to any person and to any argument.

---

<sup>14</sup> E. Fox-Decent, *Is The Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?*, in *Law and Philosophy*, 2008, Vol. 27, p. 533-581.

<sup>15</sup> On the relationship between human rights and the rule of law, see T. Bingham, *The Rule of Law*, Penguin, New York, 2010.

<sup>16</sup> I. Trujillo & F. Viola, *What Human Rights Are Not (or Not Only)*, Novascience Publishers, New York, 2014, p. 95-104.

From this point of view, there is a difference between the mere political decision-making processes, that are usually a question of preferential entitlements (citizenship) and numerical advantage (where majorities win), and a more comprehensive area of decision-making processes regulated by the rule of law. Unlike voting, which is in the end the expression of a preference,<sup>17</sup> rule of law's procedures are argumentative and potentially universal. This feature is crucial for the extension of the rule of law beyond the States,<sup>18</sup> and it is not a small problem. We could say that the principal feature of the rule of law participation is more comprehensive than the mere representative requirement.

Less obvious is another aspect of the rule of law I want to stress, its horizontality. The rule of law does not apply only to authorities or to the relationship between authorities and those who are subject to them, according to a mere vertical version of the rule of law such as the one focused on public powers. This is only a partial reading for two different reasons. The first reason is that the vertical dimension cannot be explained without mutuality and reciprocity between authorities and the subordinates. Compliance with law is the result of the authority's conformity with certain requirements, according to a vertical but reciprocal direction. The rule of law embodies a mutuality of bonds between rulers and ruled. Following the standard check lists of requirements, we could say that, on the one hand, the authorities establish general, clear, prospective, non-contradictory, practicable, promulgated and relatively constant rules; those rules also apply to the authorities themselves according to the principle no one is above the law, and officials apply those rules impartially and consistently. On the other hand, all this makes it possible for individuals to comply with the law. Individuals can conform to the rules promulgated, clear, practicable, applied by officials subject to the same rules<sup>19</sup>. If they defy those rules, they justify the legitimate use of coercive power, which in turn must be exercised according to the canons of the rule of law. This means that the rule of law describes a form of association in which authorities and subordinates cooperate in shaping their interactions as equals. And, in fact, those who are not included in this virtuous circle are not treated with

---

<sup>17</sup> Against the risk of paternalism, Donald Bello Hutt considers that preferences and not interests are the core of the rule of law in the domestic field. See D. Bello Hutt, *Rule of Law and Political Representation*, in *Hague Journal of the Rule Law*, 2022, Vol. 14, p. 1-25.

<sup>18</sup> There are different versions of the international rule of law. Apart from Bingham's work, indicated in note n. 15, see also F. De Londras, *Dualism, Domestic Courts, and the Rule of International Law*, in M. Sellers & T. Tomaszewski (eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Springer, Dordrecht Heidelberg London New York, 2010, p. 217- 243 and S. Chesterman, *An International Rule of Law?*, in *American Journal of Comparative Law*, 2008, Vol. 56, n. 2, p. 331-361.

<sup>19</sup> G.J. Postema, *Law's Rule*, Oxford University Press, Oxford, 2022.

equal concern. We could discuss whether this exclusion is a question of justice or of humanity.<sup>20</sup>

The second reason for defending a horizontal version of the rule of law regards the importance of its protection against horizontal arbitrariness deriving from social inequalities and discriminations that spread in the form of bias and stereotypes. In this case, both the violation of the rule of law and its remedies are horizontal, because inequalities and discriminations constitute forms of arbitrary domination, and to avoid them is the task of the rule of law. Then it is the relationship of equality in dignity, contrary to any form of public or private domination, to justify the rule of law. This horizontal version of the rule of law has been set aside by the old-fashioned vertical version based on the principle of authority and mainly focus on the demand of protection from coercion<sup>21</sup>. The rule of law shapes a relationship of reciprocity and peer hood, both with authorities and with peers so that everyone is responsible for each other. The horizontal dimension of law requires an inclusive participation of rational, free, and responsible subjects in the interactions with authorities, but also the promotion of a fair social ordering.

Rule of men systems are determined by human factors, and they could be unpredictable and overbearing. On the contrary, rule of law systems are governed by rules, procedures, and institutions, with the aim of mitigating the impact of the human influence. But the idea that even the best legal rules, procedures and institutions could work appropriately without the right contribution of human agents is illusory. Suitable rules, institutions and procedures are needed but it is paramount to shape and improve the skills, abilities, and appropriate attitudes of those who take part in them. The question is which are those attitudes and how to cultivate them. In the light of the horizontal reading of the rule of law, this is necessary not only in the case of legal practitioners, but also as a mainstream of civic education. This horizontal version of the rule of law is particularly important for including women. It is from here that we must design the rule of law requirements.

#### **4. Possible recommendations for the States and parties involved in the implementation of art. 7 and 8 CEDAW**

Having in mind a participatory, deliberative, and horizontal rule of law, the question is: which requirements are wanted for a women friendly rule of law? I will insist on two features: explainability and accessibility. The first one is related to fair trials, free from bias, and, more generally, it requires reasonable decisions,

---

<sup>20</sup> D. Luban, *On the Humanity of the Enemy of Humanity*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2018, Vol. 47, n. 2, p. 187-199.

<sup>21</sup> J. Shklar, *The Liberalism of Fear*, in N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the moral life*, Harvard University Press, London-Cambridge, 1989.

well-founded on the relevant information, and discussed in the context of an aware public culture<sup>22</sup>. There will always be those who make the final decision: on a rule to be established, on decisions to be executed, on the resolution of a conflicts. But inclusion and participation in the argumentation processes are tools that makes the subject of the law an active part in the decision and provides the decision with value in itself, even when that decision is against our interests<sup>23</sup>. Especially but not only in an adjudicatory context, the reasons related to the applicable law must be disclosed to show that the arguments of the parties have been examined with equal attention. The justification provides assurance that parties' arguments have been taken into consideration. Explainability aims to protect a universal right to reasons<sup>24</sup>. For the rule of law to be implemented, the decisions must be justified to those that are subject to them. This is important because the provision of a justification not only helps those subjects to the law to grasp the meaning of the decision. It puts them in a better position to challenge it and it makes possible accountability.

Explainability has been further elaborated against the artificial intelligence's model of the black box. Data and computational driven decision-making processes are not transparent and produce arbitrariness for their opacity. But it is not only a problem of transparency, because decisions must be supported by well informed and not biased reasons.

In continuity with explainability, there is accessibility. A horizontal rule of law extends not only to formal procedures, but also to the informal decision-making contexts. Obviously, this is crucial whenever decisions are made not in official settings (where they are only ratified), but in informal contexts, very often non accessible to women. This problem introduces the question of accessibility as an essential element for the rule of law. This element can be declined in many additional ways. It can be understood as a tool for guaranteeing access to justice for the poor, considering that the quality of the defense in trials depends on economic availability and this can undermine equal treatment<sup>25</sup>. In the light of a horizontal version of the rule of law, accessibility concerns also access to technology, access to maternity support measures, access to credit, all necessary to remove existing obstacles that hinder people's ability to be treated as equal and jeopardize the rule of law. Otherwise, the rights linked to participation can be completely emptied. In various regions of the world, women have less access to

---

<sup>22</sup> J. Raz, *The Law's Own Virtue*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, Vol. 39, n. 1, p. 1-15.

<sup>23</sup> J. Tasioulas, *The Rule of Algorithm and the Rule of Law*, in *Vienna Lectures on Legal Philosophy 2023*, King's College London Law School Research Paper Forthcoming.

<sup>24</sup> J. Zerilli, *Explaining Machine Learning Decisions*, in *Philosophy of Science*, 2022, Vol. 89, n. 1, p. 1-19.

<sup>25</sup> John Finnis argued that to Fuller's eight desiderata we should add another four relating to the independence of judges, the publicity of trials (and not only publicity of rules), the review of trials and, access to justice for poor. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 271.

technology, including smartphones, than men. This cuts them off from all programs and research where data is collected through these new technologies, including important health protection<sup>26</sup>.

In conclusion, a women friendly rule of law should aim at:

- Assuring participation of women in decision-making processes as a requisite of the rule of law.
- Promoting explainability as a crucial requirement of the rule of law, both in human and in artificial intelligence decision-making processes.
- Rendering mandatory the gender balanced in advisory bodies.
- Guaranteeing equal access to all deliberation stages of decision-making, including informal settings, as well as transparency of arguments and elements of decisions.
- Controlling the presence of stereotypes in artificial intelligence decisions-making process, both in the data base, and in the aims and in the criteria of the algorithm.
- Expanding awareness that social stereotypes and their presence in legislation and adjudication are violations of the rule of law and must be detected and removed.
- Assuring adequate legal assistance to women in legal procedures (adjudication, Ombudsman) for contesting stereotypes.
- Promoting specialized lifelong learning courses for legal practitioners on stereotypes and the rule of law.

Finally, a women friendly rule of law should aim at educating to the rule of law as a polity of reciprocal responsibilities not only between authorities and subordinates, but also as an inclusive and fair horizontal association.

## Bibliography

T. Bingham, *The Rule of Law*, Penguin, New York, 2010

D. Bello Hutt, *Rule of Law and Political Representation*, in *Hague Journal of the Rule Law*, 2022, Vol. 14, p. 1-25

A. Carnevale, E.A. Tangari, A. Iannone, & E. Sartini, *Will Big Data and personalized medicine do the gender dimension justice?*, in *AI & Society*, 2023, Vol. 38, n. 2, p. 829-841

---

<sup>26</sup> A. Carnevale, E.A. Tangari, A. Iannone, & E. Sartini, *Will Big Data and personalized medicine do the gender dimension justice?*, in *AI & Society*, 2023, Vol. 38, n. 2, p. 829-841.

- S. Chesterman, *An International Rule of Law?*, in *American Journal of Comparative Law*, 2008, Vol. 56, n. 2, p. 331-361
- F. De Londras, *Dualism, Domestic Courts, and the Rule of International Law*, in M. Sellers & T. Tomaszewski (eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Springer, Dordrecht Heidelberg London New York, 2010, p. 217- 243
- J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- E. Fox-Decent, *Is The Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?*, in *Law and Philosophy*, 2008, Vol. 27, p. 533-581
- L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969
- M. Krygier, *The Rule of Law: Pasts, Presents and Two Possible Futures*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2016, Vol. 12, n. 1, p. 199-229
- M. Krygier, *What's the point of the Rule of Law?*, in *Buffalo Law Review*, 2019, Vol. 67, n. 3, p. 743-791
- D. Luban, *On the Humanity of the Enemy of Humanity*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2018, Vol. 47, n. 2, p. 187-199
- G. Palombella, *The Rule of Law and its Core*, in G. Palombella & N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 17-42
- G.J. Postema, *Law's Rule*, Oxford University Press, Oxford, 2022
- J. Raz, *The Law's Own Virtue*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, Vol. 39, n. 1, p. 1-15
- J. Shklar, *Political Theory and the Rule of Law*, in A.C. Hutchinson & P. Monahan (eds.), *The rule of law. Ideal or ideology*, Carswell, Toronto, 1987, p. 1-16
- J. Shklar, *The Liberalism of Fear*, in N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the moral life*, Harvard University Press, London-Cambridge, 1989
- B. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004
- J. Tasioulas, *The Rule of Algorithm and the Rule of Law*, in *Vienna Lectures on Legal Philosophy 2023*, King's College London Law School Research Paper Forthcoming
- I. Trujillo & F. Viola, *What Human Rights Are Not (or Not Only)*, Novascience Publishers, New York, 2014

J. Waldron, *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in J. Meierhenrich & M. Loughlin (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 121-136

J.H. Weiler, *Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: An Exploratory Essay*, *Philosophical Foundations of European Union Law*, in *Philosophical Foundations of Law*, online edn., Oxford Academic, Oxford, 2013

J. Zerilli, *Explaining Machine Learning Decisions*, in *Philosophy of Science*, 2022, Vol. 89, n. 1, p. 1-19



## La “coercizione senza coercizione” delle buone ragioni: il cuore della giustizia riparativa?

The “coercion without coercion” of good reasons: the heart of restorative justice?

MARIA LUDOVICA LAGALLA

Dottoranda di ricerca in filosofia del diritto

Università degli Studi di Milano

[maria.lagalla@unimi.it](mailto:maria.lagalla@unimi.it)

---

### ABSTRACT

---

Gli aspetti controversi che riguardano il tema della giustizia riparativa (o *Restorative Justice*) sono numerosi. Tra questi, la questione definitoria assume carattere preliminare. Con riferimento a quest’ultima, sono il modello purista e il modello massimalista a fronteggiarsi nel dibattito internazionale. A partire dalla disamina di tali due modelli, è possibile enucleare due questioni rilevanti e ricorrenti nella letteratura *Restorative*; quelle relative al ruolo della riparazione e della coercizione in seno alla giustizia riparativa e, in particolare, in ciascuno dei modelli citati. Con riferimento ai due nodi problematici da ultimo rilevati, si intende mostrare, in primo luogo, come la riparazione costituisca un elemento essenziale, ai fini della configurazione della *Restorative Justice*, tanto per l’approccio purista quanto per l’approccio massimalista e, in secondo luogo, che la coercizione è esclusa dall’alveo del modello purista. È l’analisi di Bruno Celano su “La forza



DOI: 10.54103/milanlawreview/24201

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

dell'argomento migliore" che, in questa sede, è stata dirimente per la realizzazione del secondo obiettivo dichiarato.

**Parole chiave:** giustizia riparativa; modello massimalista; modello purista; riparazione; coercizione.

There are several controversial aspects of Restorative Justice. Among them, the definitional issue is a preliminary aspect. The Purist Model and the Maximalist Model are the focal points of the international debate on the definitional issue. Through the examination of these models, it is possible to identify two relevant and recurring topics in Restorative literature: the topic concerning the role of reparation and the one concerning the role of coercion within Restorative Justice and, particularly, within each of the mentioned models. As this regard, the intention is to illustrate, firstly, that reparation constitutes an essential element of Restorative Justice, both for the purist approach and the maximalist approach, and secondly, that coercion is excluded from the purist model's scope. Bruno Celano's analysis on "the Strength of the Better Argument" has been pivotal in achieving the second objective in this context.

**Keywords:** Restorative Justice; Purist Model; Maximalist Model; Reparation; Coercion.

---

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

## La "coercizione senza coercizione" delle buone ragioni: il cuore della giustizia riparativa?

SOMMARIO: 1. Premessa – 1.1. Metodo d'analisi – 2. Modello purista e modello massimalista: una sintesi – 3. La riparazione: un elemento della giustizia riparativa solo per il modello massimalista? – 4. La coercizione: un elemento della giustizia riparativa solo per il modello massimalista? – 5. Considerazioni conclusive

### 1. Premessa

Il presente contributo si inserisce nel contesto di una ricerca più ampia sulla giustizia riparativa (o *Restorative Justice*). La specificità dell'oggetto di analisi è, a ben vedere, soltanto apparente. Sono, infatti, molteplici, vari e numerosi i temi che vengono in rilievo occupandosi della giustizia riparativa. Il suo carattere poliedrico permette, da un lato, di evocare il paradigma *Restorative* anche in contesti, sia teorici sia applicativi, diversi da quelli di "naturale appartenenza" e, da altro lato, di servirsi, nella sua analisi, di quadri categoriali, dottrine, idee, teorie maturate con riferimento ad altri ambiti. Ed è proprio dal darsi di tale ultima possibilità che nasce la presente ricerca. Più precisamente, è l'analisi di Bruno Celano su "La forza dell'argomento migliore"<sup>1</sup> che ha stimolato alcune riflessioni sul ruolo della coercizione in seno agli incontri riparativi e sulla possibilità di distinguere nettamente, in seno a tali incontri, il discorso persuasivo dal discorso razionale.

Va rilevato che il rapporto tra *Restorative Justice* e coercizione costituisce un *leitmotiv* nella letteratura sul tema. In altri termini, la questione relativa a un eventuale spazio per la coercizione in seno alla giustizia riparativa è ricorrente e irrisolta.

L'analisi di Celano già richiamata ha permesso di proporre rispetto a tale questione, o, almeno, rispetto a un segmento della questione, una soluzione che appare in grado di spiegare in che modo almeno una concezione della *Restorative Justice* riesca a tener fuori dal suo alveo la coercizione.

In realtà, la vastità e la varietà della produzione scientifica di Celano, unita alla versatilità delle tematiche relative alla giustizia riparativa, permetterebbe connessioni tra l'una e l'altra ulteriori rispetto a quella da ultimo segnalata, nonostante l'Autore non si sia mai occupato direttamente dell'argomento. Almeno

---

<sup>1</sup> B. Celano, *La forza dell'argomento migliore*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, vol. 9, 2009, p. 229-255. È già dal titolo del presente contributo che è possibile cogliere l'omaggio a Bruno Celano. L'espressione "'coercizione senza coercizione' delle buone ragioni" è, infatti, tratta dal Suo saggio ora menzionato.

di una di tali (ulteriori) possibili connessioni si rinviene qualche traccia anche nella presente ricerca. Così, le riflessioni di Celano sulla più celebre opera hartiana<sup>2</sup>, *The Concept of Law*, permettono di riflettere sulla distinzione tra coercizione in senso stretto e potere; distinzione che, come si vedrà, è tenuta in considerazione in questa sede.

A titolo meramente esemplificativo si richiamano, inoltre, i riferimenti di Celano a funzioni del diritto diverse e ulteriori rispetto a quelle della mera coazione<sup>3</sup> che ben si prestano a fornire chiavi di lettura utili a render conto di una modalità reattiva al fatto penalmente illecito (quale è il paradigma riparativo) che rifiuta l'atavica violenza della pena.

Fatte queste premesse, pare utile prospettare il metodo d'analisi che sarà seguito in questa sede.

### 1.1. Metodo d'analisi

La presente ricerca prenderà le mosse da una sintetica disamina del modello purista e del modello massimalista di *Restorative Justice*. L'approccio seguito in tale primissima fase d'analisi sarà, dunque, di tipo meta-dogmatico.

A tal proposito, si impongono già alcune precisazioni.

In primo luogo, si rileva che il modello purista e il modello massimalista sono i protagonisti del vivace e persistente dibattito sulla questione definitoria della giustizia riparativa. Infatti, nonostante la centralità che, a oggi, la *Restorative Justice* occupa nel dibattito internazionale sulla giustizia penale, gli aspetti controversi che la riguardano sono vari e numerosi. Tra questi, rientrano quelli attinenti al suo concetto. In altri termini, le incertezze che connotano la giustizia riparativa emergono già al momento di fornirne una definizione; non è possibile delinearne con sufficiente determinatezza i contorni concettuali<sup>4</sup>.

In secondo luogo, si segnala come la scelta di accordare priorità, quantomeno cronologica, alla questione definitoria dipenda da almeno due ragioni. Innanzitutto, si ritiene che affrontare tale questione sia indispensabile ai

---

<sup>2</sup> Il riferimento è a B. Celano, *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law*, in *Rivista di filosofia del diritto*, vol. 2, 2012, p. 405-426.

<sup>3</sup> B. Celano, *Norma giuridica*, in U. POMARICI, *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, p. 399 ss.; B. Celano, *Hart's Blind Spot*, cit., p. 408 ss.

<sup>4</sup> La portata del problema concettuale e, dunque, definitorio è efficacemente sintetizzata dalle espressioni di Declan Roche, secondo cui "Restorative Justice" significherebbe "all thing to all people" (D. Roche, *The Evolving Definition of Restorative Justice*, in *Contemporary Justice Review*, vol. 4, 2001, p. 341-353) e di Margarita Zernova e Martin Wright, per i quali "it may not be an exaggeration to suggest that each proponent has his or her own vision of restorative justice" (M. Zernova, M. Wright, *Alternative visions of Restorative Justice*, in G. Johnstone, D. W. Van Ness, *Handbook of Restorative Justice*, Willand Publishing, Portland, 2007, p. 91). In questo contesto, la questione definitoria assume i caratteri di una *vexata questio* (K. Daly, *What is Restorative Justice? Fresh Answer to a Vexed Question*, in *Victim & Offenders*, vol. 11, 2016, p. 1-35).

fini della comprensione dell'oggetto *de quo*: risulta evidente che trattare dei nodi problematici di qualcosa impone che, almeno grosso modo, si sia individuato di cosa si stia parlando. Poi, è proprio a partire dall'analisi delle definizioni di "giustizia riparativa" proposte che si delineano chiaramente le questioni più ricorrenti in materia.

In terzo luogo, si ritiene opportuno esplicitare le ragioni per cui si è scelto di sottoporre ad analisi esclusivamente le definizioni del modello purista e del modello massimalista. Tali ragioni si sostanziano, oltre che nella loro già richiamata centralità nel dibattito sulla questione definitoria della *Restorative Justice*, nella convinzione che si tratti dei due poli opposti. Tutte le altre definizioni proposte possono essere posizionate lungo uno spettro che va da un polo all'altro; alcune si inclinano maggiormente verso uno dei due estremi, mentre altre verso l'altro. Da qui, l'irrelevanza, rispetto ai nostri fini, di estendere l'analisi oltre questi due modelli.

A partire dalla disamina dell'approccio purista e dell'approccio massimalista, verranno enucleate e affrontate, limitatamente ad alcuni aspetti, due questioni rilevanti e controverse. Si tratta delle questioni attinenti al ruolo della riparazione e della coercizione nell'ambito della giustizia riparativa o, meglio, in seno ai due modelli citati.

Rispetto alla prima questione, l'obiettivo perseguito in questa sede è mostrare come la riparazione costituisca un elemento essenziale della giustizia riparativa tanto per il modello purista quanto per il modello massimalista, nonostante l'opinione della dottrina maggioritaria si attesti diversamente.

Con riferimento alla questione relativa al ruolo della coercizione in seno al modello purista e a quello massimalista, verrà messo in luce come il primo modello escluda la coercizione dal suo ambito, coerentemente coi suoi propositi, ma contrariamente a quanto sostenuto dai suoi critici. È proprio rispetto a questa seconda questione, il cui esito costituisce il punto d'arrivo della presente ricerca, che l'analisi di Celano su "La forza dell'argomento migliore" risulta dirimente.

## **2. Modello purista e modello massimalista: una sintesi**

Sono due i modelli che si fronteggiano nel dibattito internazionale sulla questione definitoria della *Restorative Justice*: il modello purista di Paul McCold e il modello massimalista di Lode Walgrave. Secondo una categorizzazione concettuale proposta da Daniel Van Ness e Gerry Johnstone, il modello purista è ascrivibile alla "*Encounter Conception*" of *Restorative Justice* e il modello massimalista alla "*Reparative Conception*" of *Restorative Justice*<sup>5</sup>.

Gli sforzi chiarificatori di McCold si dirigono verso la costruzione di un modello di giustizia riparativa che sia scevro da elementi propri di altri paradigmi

---

<sup>5</sup> D. Van Ness, G. Johnstone, *The meaning of restorative justice*, in G. Johnstone, D. W. Van, *Handbook of Restorative Justice*, cit., p. 9 ss.

del sistema penale, quali quello retributivo, quello preventivo e quello trattamentale<sup>6</sup>.

Intendere il reato come violazione delle persone e delle relazioni interpersonali è, secondo McCold, un postulato della giustizia riparativa<sup>7</sup>.

La definizione adottata dall'approccio purista è quella proposta da Tony Marshall, secondo cui "la giustizia riparativa è un processo mediante il quale tutte le parti coinvolte in un determinato reato si riuniscono per risolvere collettivamente come affrontare le conseguenze del reato e le sue implicazioni per il futuro"<sup>8</sup>.

McCold enuclea due principi dalla definizione di Marshall. L'Autore afferma come la giustizia riparativa debba coinvolgere le vittime, gli autori del reato e le loro comunità in incontri *face-to-face* (primo principio), affinché siano essi stessi a determinare il risultato di tali incontri (secondo principio)<sup>9</sup>. La riparazione della vittima, la responsabilizzazione dell'autore e la riconciliazione della comunità si ottengono, secondo McCold, esclusivamente mediante un processo cooperativo, volontario, consensuale ed informale.

Il modello massimalista di Lode Walgrave individua uno degli elementi distintivi della *Restorative Justice*, rispetto alla prospettiva punitiva o trattamentale, nella differente, anzi rivoluzionaria, comprensione del problema del reato che gli è propria: il reato è fonte di danno per la vittima, per la comunità e per il reo; non è, invece, mera violazione di un ordine giuridico astrattamente inteso<sup>10</sup>.

Con riferimento a tale aspetto, il modello purista e il modello massimalista non sembrano presentare significative differenze. Tale consonanza di vedute in merito alla concezione del reato non deve, però, stupire. L'abbandono di una concezione meramente formale del reato, inteso, cioè, come lesione di beni giuridici astratti tutelati da norme giuridiche, è una costante del pensiero *Restorative*.

La definizione ascrivibile al modello massimalista è proposta da Bazemore e Walgrave. I due Autori definiscono la *Restorative Justice* come "ogni azione che è primariamente orientata a fare giustizia riparando il danno causato dal reato"<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> P. McCold, *Toward a holistic vision of restorative juvenile justice: A reply to the maximalist model*, in *Contemporary Justice Review*, vol. 3, 2000, p. 358, 368.

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 359.

<sup>8</sup> Si riporta la definizione in lingua originale: "*Restorative Justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future*" (T. Marshall, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 4, 1996, p. 37). Trad. propria.

<sup>9</sup> P. McCold, *Toward a holistic vision of restorative juvenile justice*, cit., p. 366.

<sup>10</sup> L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, Willan Publishing, Cullompton, 2008, p. 23-24.

<sup>11</sup> Si riporta il testo in lingua originale: "*(Restorative Justice is) every action that is primarily oriented toward doing justice by repairing the harm that has been caused by a crime*" G. Bazemore,

L'elemento chiave della giustizia riparativa risulta essere l'obiettivo della riparazione. La prospettiva finalistica adottata da Walgrave ammette che l'obiettivo della riparazione possa essere realizzato anche mediante la coercizione. Lo studioso belga, infatti, qualificando come *Restorative* qualsiasi azione che riesca a realizzare gli intenti riparativi, riconosce tale qualifica anche alle sanzioni giudiziarie con finalità riparative. Ciò che tale prospettiva rifiuta della pena non è la coercizione in sé, quanto l'intento afflittivo che gli è proprio<sup>12</sup>.

Pur nella consapevolezza che la proposta purista e la proposta massimalista siano ben più ricche e complesse di come siano state presentate finora, a parere di chi scrive gli elementi messi in luce riescono a fornirne una panoramica generale, comunque sufficiente in vista della realizzazione degli obiettivi perseguiti nella presente trattazione.

### **3. La riparazione: un elemento della giustizia riparativa solo per il modello massimalista?**

Costituisce un'argomentazione diffusa, se non egemone, tra gli studiosi del tema rinvenire la distinzione tra modello purista e modello massimalista e, dunque, tra *Encounter Conception* e *Reparative Conception* anche nella posizione che, all'interno di ciascun modello (o concezione), assume il concetto di riparazione. Si sostiene, infatti, che la riparazione sarebbe un elemento essenziale della *Restorative Justice* solo per il modello massimalista. L'elemento riparativo, invece, in seno alla proposta purista, perderebbe i caratteri della necessità nella configurazione della giustizia riparativa.

Uno sguardo d'insieme alle fonti in materia permette di corroborare quanto appena detto.

È, in primo luogo, la stessa critica massimalista al modello purista a rilevare la mancanza di qualsiasi riferimento alla riparazione. Tra le obiezioni mosse dai massimalisti alla proposta purista rientra, infatti, quella secondo cui la definizione di Marshall non menziona che il risultato del processo deliberativo debba includere la riparazione<sup>13</sup>. Si tratta, a ben vedere, della principale critica mossa dal modello massimalista alla definizione adottata dal modello proposto da McCold<sup>14</sup>.

È, in secondo luogo, anche dal dibattito scaturito a partire dalle proposte che si stanno analizzando che emerge come l'argomentazione comunemente diffusa sia quella secondo cui l'elemento riparativo sarebbe essenziale, ai fini della configurazione della *Restorative Justice*, solo per il modello massimalista.

---

L. Walgrave, *Restorative juvenile justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform*, in G. Bazemore, L. Walgrave, *Restorative juvenile justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Criminal Justice Press, Monsey, 1999, p. 46. Trad. propria.

<sup>12</sup> L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, cit., p. 16 ss.

<sup>13</sup> *Ivi*, p. 18.

<sup>14</sup> G. Bazemore, L. Walgrave, *Restorative juvenile justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform*, cit., p. 48.

Pare inequivocabilmente dirigersi in questa direzione quanto sostenuto da Federico Reggio: "solo la *Reparative Theory* contempla la riparazione quale elemento necessario della *Restorative Justice*. Nella *Encounter Theory* e nella *Transformative Theory*, invece, l'importanza dell'elemento riparativo viene ridimensionata, o comunque connotata in modo tale da non apparire più come l'elemento distintivo della *Restorative Justice*"<sup>15</sup>. La (prima) frase riportata ("solo la *Reparative Theory* contempla la riparazione quale elemento necessario della *Restorative Justice*") contribuisce a mettere ben in luce come l'argomentazione secondo cui la riparazione assumerebbe il carattere della necessità, ai fini della configurazione della giustizia riparativa, esclusivamente per il modello massimalista sia parecchio diffusa nella letteratura in materia. Inoltre, l'Autore, parlando, nel medesimo tempo, sia di elemento necessario sia di elemento distintivo, consente di chiarire come una cosa sia affermare che solo la *Reparative Conception* contempli la riparazione quale elemento *necessario* e come altra sia, invece, affermare che per la *Encounter Conception* la riparazione non sia l'elemento *distintivo*. La seconda affermazione, del tutto condivisibile, infatti, consente di rilevare come la riparazione non costituisca l'elemento distintivo della *Restorative Justice*, per la *Encounter Conception*, senza, però, necessariamente escludere che sia un elemento essenziale della stessa.

Margarita Zernova e Martin Wright, in un contributo in cui si occupano del rapporto tra giustizia riparativa e giustizia penale e dell'ambito di applicabilità della giustizia riparativa, distinguendo tra modello massimalista e modello purista, scrivono con riferimento al primo: "la partecipazione degli interessati nel processo riparativo è considerata un mezzo per raggiungere risultati riparativi, piuttosto che un fine in sé"<sup>16</sup>. Ragionando *a contrario*, se ne deduce che, per gli Autori, lo svolgimento dell'incontro, in seno alla prospettiva purista, è fine a se stesso, non mirando alla realizzazione di alcun esito riparativo.

Sembrano individuare nella riparazione l'elemento distintivo del modello massimalista rispetto al modello purista anche Johnstone e Van Ness: "convenzionalmente, si assume che se una persona commette un grave torto nei confronti di un'altra, si crei uno stato di ingiustizia che deve essere corretto. Si tende a presumere inoltre che, per correggere questo stato di ingiustizia, il colpevole del torto debba subire dolore o sofferenza in misura proporzionale alla gravità dell'offesa. Una volta che il colpevole ha sofferto, secondo ciò che gli spetta, l'equilibrio è stato ripristinato e la giustizia prevale. I sostenitori della *Reparative Conception of Restorative Justice* rigettano questo modo di pensare quasi completamente. Per essere precisi, concordano sul fatto che se una persona commette un grave torto contro un'altra, si crei un'ingiustizia che deve essere riparata. Tuttavia, insistono sul fatto che infliggere semplicemente dolore ai

---

<sup>15</sup> F. Reggio, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, FrancoAngeli, Milano, 2010, p. 100.

<sup>16</sup> M. Zernova, M. Wright, *Alternative visions of Restorative Justice*, cit., p. 93. Trad. propria.

colpevoli non è né necessario né sufficiente per rimettere le cose a posto. Argomentano che l'imposizione di dolore ai colpevoli, sebbene occasionalmente ci dia una leggera e temporanea sensazione che la giustizia sia stata fatta, tende generalmente a non fornire un'esperienza ricca e duratura di giustizia. Per creare tale esperienza, è necessario che accadano altre cose. In particolare, è necessario riparare il danno causato dal crimine alle persone e alle relazioni"<sup>17</sup>.

Rispetto a quanto riportato, è doverosa qualche precisazione. I due Autori si esprimono in tal senso nel paragrafo dedicato all'individuazione degli elementi caratteristici della *Reparative Conception*<sup>18</sup>, che valgono, dunque, a distinguerla dalla *Encounter Conception* (e dalla *Transformative Conception*). Johnstone e Van Ness sembrano ascrivere, dunque, in via esclusiva al modello massimalista (o *Reparative Conception*) il rifiuto per il paradigma retributivo di giustizia e l'affermazione della necessità della riparazione per far fronte alle conseguenze generate dal reato.

Quanto al primo elemento, preme sottolineare come il rifiuto di una risposta al fatto penalmente illecito che si basi sull'assunto *malum passionis propter malum actionis* sia una costante del pensiero *Restorative* e, perciò, idonea ad accomunare tutti i suoi sostenitori. Tuttavia, un'analisi dettagliata delle matrici ideologiche della giustizia riparativa esula dagli obiettivi della presente trattazione.

Il secondo elemento, cioè quello relativo alla connessione esclusiva tra modello massimalista e riparazione, è quello che, ai nostri fini, assume maggiore rilievo.

Da quanto dedotto e argomentato finora, infatti, risulta come la distinzione tra *Reparative Conception* ed *Encounter Conception* venga comunemente individuata (anche) rispetto alla posizione che, nell'una e nell'altra, assumerebbe l'elemento della riparazione. Quest'ultimo sarebbe essenziale, ai fini della configurazione della *Restorative Justice*, soltanto per la *Reparative Conception*.

A parere di chi scrive, invece, la riparazione è un elemento necessario, perché possa parlarsi di giustizia riparativa, tanto per il modello massimalista (*Reparative Conception*) quanto per il modello purista (*Encounter Conception*). È il contenuto della riparazione che assume caratteri parecchio diversi nell'uno e nell'altro modello. In altri termini, il concetto di riparazione presenta un significato differente nell'ambito della *Reparative Conception* e in quello della *Encounter Conception*, ma è un elemento essenziale della *Restorative Justice* sia per l'una sia per l'altra concezione.

In seno alla prospettiva purista, è dall'incontro che scaturirebbero esiti riparativi. In altri termini, i sostenitori della *Encounter Conception* insistono sul carattere riparativo che l'incontro, se condotto correttamente, sarebbe in grado di generare. Ciò non equivale a sostenere che l'incontro abbia valore di per sé. Il processo dialogico, nell'ambito del modello purista, è apprezzato non in se stesso,

---

<sup>17</sup> D. Van Ness, G. Johnstone, *The meaning of restorative justice*, p. 12. Trad. propria.

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 12 ss.

quanto in ragione dei risultati che aiuta a raggiungere. Contrariamente a quanto sostenuto da Walgrave<sup>19</sup>, l'incontro, nella prospettiva purista, è un mezzo per ottenere risultati riparativi; ciò che davvero contraddistingue, con riferimento all'oggetto che si sta analizzando, la *Encounter Conception*, rispetto alla *Reparative Conception*, è che, nella prima, l'incontro è l'unico mezzo per ottenere la riparazione e perché, dunque, possa parlarsi di *Restorative Justice*. Ed è in questo senso che va letta l'affermazione di McCold, secondo cui "l'essenza della giustizia riparativa non è il fine in sé, ma il mezzo attraverso cui si raggiunge la risoluzione"<sup>20</sup>. Con tale affermazione, l'esponente maggiormente rappresentativo del modello purista sottolinea come, ai fini della configurazione della giustizia riparativa, il processo di incontro sia un elemento imprescindibile, ma tale processo è comunque da intendersi come funzionale alla realizzazione di obiettivi riparativi.

È, innanzitutto, lo stesso McCold che, in risposta alle critiche del modello massimalista, sottolinea come il *Restorative Process*, nel modello da lui proposto, sia incentrato sulla riparazione e come dalla versione integrale della definizione di Marshall<sup>21</sup> ciò risulti inequivocabilmente<sup>22</sup>.

Nello stesso senso, inoltre, si esprimono altri patrocinatori del modello purista.

Mark Umbreit, ad esempio, sostiene come l'esito riparativo sia garantito dal solo effetto psicologico del reciproco riconoscimento tra le parti, realizzabile

---

<sup>19</sup> L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, cit., p. 22.

<sup>20</sup> P. McCold, *Paradigm muddle: the threat to restorative justice posed by its merger with community justice*, in *Contemporary Justice Review*, vol. 7, 2004, p. 15.

<sup>21</sup> Per la versione integrale della definizione di Marshall si rimanda a T. Marshall, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, cit., p. 37-38.

<sup>22</sup> Scrive l'Autore a tal proposito: "la critica fondamentale dei massimalisti alla definizione di Marshall è che questa non fa alcun riferimento alla riparazione del danno (...) Questo non è affatto vero. La definizione di Marshall si riferisce agli interessati 'che si riuniscono per risolvere collettivamente come affrontare le conseguenze del reato e le sue implicazioni per il futuro'. (...) Le 'conseguenze del reato' includono la garanzia del benessere materiale e la soddisfazione della vittima, la riaffermazione della sua non colpevolezza, l'attenzione alle sue esigenze emotive, la risoluzione di eventuali conflitti tra la vittima e l'autore del reato (...), la risoluzione di simili conflitti tra le loro famiglie o comunità, la risoluzione di eventuali difficoltà tra l'autore del reato, da un lato, e la sua famiglia e i suoi amici, dall'altro, sorte a causa del reato (...) e la possibilità, conferita al reo, di assolvere i suoi sensi di colpa attraverso scuse e riparazioni. La definizione di Marshall richiede la riparazione dei danni specifici direttamente correlati al reato. Il processo è incentrato sulla riparazione del danno e sulle esigenze generate da esso. (...) Queste esigenze possono essere affrontate al meglio attraverso un processo che coinvolga gli interessati. La definizione di Marshall si concentra esplicitamente sulla riparazione del danno (...) Pertanto, la critica più seria dei massimalisti al modello purista è semplicemente sbagliata, data la definizione dei termini come definita da Marshall" (P. McCold, *Toward a holistic vision of restorative juvenile justice*, cit., p. 17). Trad. propria.

solo per mezzo di un incontro<sup>23</sup>. Secondo Paul Robinson, i *Restorative Processes* permetterebbero di coinvolgere le vittime nella risposta al reato, contribuendo a ridurre la loro paura, aumentarne il senso di sicurezza e comprendere le ragioni della commissione del reato<sup>24</sup>.

È, infine, lo stesso Walgrave, contraddicendosi, ad ammettere che i sostenitori della *Encounter Conception* attribuiscono all'incontro tra le parti una serie di risultati benefici<sup>25</sup>.

Rispetto a quanto da ultimo affermato, si impongono necessarie delle precisazioni.

L'autocontraddizione imputata a Walgrave non dipende dalla sua ammissione circa la possibilità che dall'incontro possano essere generati esiti positivi per la vittima, per il reo e per la comunità.

Il modello massimalista, infatti, considera *Restorative* qualsiasi azione che miri alla riparazione del danno cagionata dal reato. La proposta massimalista include quella purista, ma è, rispetto a quest'ultima, più ampia. Da un lato, infatti, i massimalisti ammettono che esiti riparativi possano essere più efficacemente raggiunti mediante processi deliberativi<sup>26</sup>; dall'altro lato, non escludono che anche un provvedimento coercitivo che sia comminato dal giudice con l'intenzione di ristorare la vittima possa essere definito come *Restorative Justice*<sup>27</sup>. In questo è evidente che non vi sia contraddizione alcuna. Tuttavia, come più volte mostrato, la critica massimalista al modello purista si basa proprio sull'assunto per cui la definizione di Marshall non contemplerebbe l'elemento riparativo e si caratterizzerebbe esclusivamente per degli incontri fini a se stessi. È qui, allora, che risiede l'autocontraddizione di Walgrave. Non si capisce come questa obiezione sia compatibile con l'ammettere che i sostenitori della proposta purista attribuiscono agli incontri esiti riparativi.

Da quanto sin qui sostenuto segue la tesi secondo cui modello massimalista e modello purista non si distinguono tra loro, come comunemente rappresentato, (anche) perché solo nel primo la riparazione sarebbe un elemento necessario della giustizia riparativa. La riparazione è infatti essenziale, ai fini della configurazione

---

<sup>23</sup> M. Umbreit, *The handbook of Victim Offender Mediation*, Jossey Bass, San Francisco, 2001, p. 3 ss.

<sup>24</sup> P. H. Robinson, *The virtues of restorative processes, the vices of "restorative justice"*, in *Utah Law Review*, 2003, p. 375–388.

<sup>25</sup> L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, cit., p. 22.

<sup>26</sup> Walgrave, esponente emblematico del modello massimalista, afferma: "Un processo deliberativo è più riparativo perché le espressioni di rimorso, compassione, scuse e perdono che esso facilita possono facilmente generare sentimenti di rispetto, pace e soddisfazione. Questi sentimenti sono risultati" (L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, cit., p. 22). Trad. propria.

<sup>27</sup> L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, cit., p. 29 ss.; G. Bazemore, L. Walgrave, *Restorative juvenile justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform*, cit., p. 47.

della *Restorative Justice*, tanto per la *Encounter Conception* quanto per la *Reparative Conception*. Tale riparazione, per la prima di tali due concezioni, può essere realizzata *solo* attraverso processi dialogici; per la seconda *anche* attraverso processi dialogici. Ciò comporta che a cambiare sono anche i contenuti della riparazione. Perché possa parlarsi di riparazione, in seno al modello purista, la riparazione simbolica è necessaria, mentre la riparazione materiale è solo possibile ed eventuale. Diversamente, per il modello massimalista, perché si abbia riparazione, è sufficiente la riparazione materiale ed è quella simbolica a configurarsi come una semplice possibilità o eventualità<sup>28</sup>.

Quanto appena affermato, risulta evidente dall'inclusione, operata dalla *Reparative Conception*, delle sanzioni riparative. È evidente che, in termini coercitivi, l'unica riparazione imposta possa essere quella di un *dare* (mediante esecuzioni forzate, ad esempio).

#### **4. La coercizione: un elemento della giustizia riparativa solo per il modello massimalista?**

Da quanto finora argomentato, sembra potersi concludere che, mentre la riparazione è un elemento essenziale della giustizia riparativa tanto per il modello purista quanto per il modello massimalista, solo per il secondo vi è spazio per la coercizione all'interno del paradigma *Restorative*.

In altri termini, a condizione che non se ne indaghino i contenuti, l'elemento riparativo non pare idoneo a tracciare una linea di demarcazione tra *Encounter Conception* e *Reparative Conception*; diversamente, alla luce di quanto detto finora, sembra potersi affermare che quest'idoneità appartenga all'elemento coercitivo.

Tale conclusione pare essere corroborata da quanto sostenuto dagli stessi esponenti principali del modello purista e del modello massimalista. Se McCold, infatti, da un lato, afferma che "la giustizia riparativa richiede la cooperazione e la cooperazione non può essere costretta o imposta"<sup>29</sup>; dall'altro lato, Walgrave

---

<sup>28</sup> La distinzione tra riparazione simbolica e riparazione materiale costituisce una costante nella letteratura sulla giustizia riparativa. Tuttavia, in questa sede, non è possibile procedere a un'analisi dettagliata di tale distinzione. Seppur in estrema sintesi, è possibile riassumere il concetto di riparazione simbolica come segue: la riparazione simbolica mira al riconoscimento della reciproca umanità tra coloro che sono coinvolti in un reato, alla riconciliazione (intesa come ricostituzione di un rinnovato patto di cittadinanza, piuttosto che come riconciliazione in senso stretto) degli *stakeholders*, al recupero dell'*empowerment* della vittima e dell'autore di reato. La riparazione materiale include, almeno, il risarcimento del danno. Per una più dettagliata analisi dell'argomento, si veda S. Sharpe, *The Idea of Reparation* in G. Johnstone, D. W. Van Ness, *Handbook of Restorative Justice*, cit., p. 24-40; G. Mannozi, G. A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 222 ss.

<sup>29</sup> P. McCold, *Toward a holistic vision of restorative juvenile justice*, cit., p. 377. Trad. propria.

sottolinea come "gli obblighi coercitivi devono essere inclusi nel modello *Restorative* al fine di ottenere la riparazione"<sup>30</sup>.

A tal proposito, va rilevato, inoltre, come la mancata previsione di qualsiasi forma di coercizione in seno alla *Restorative Justice* sia divenuta oggetto di precipue critiche da parte dei massimalisti nei confronti della *Encounter Conception*<sup>31</sup>; così come, in senso opposto, l'inclusione di "sanzioni (coercitive) riparative" all'interno del paradigma *Restorative* abbia assoggettato la *Reparative Conception* ad obiezioni da parte dei sostenitori del modello purista<sup>32</sup>.

Quanto da ultimo rilevato, pare inequivocabilmente dirigersi nella direzione tracciata a inizio del presente paragrafo; sembra, dunque, potersi affermare che l'approccio purista rifiuti la coercizione quale elemento proprio di una risposta al reato etichettabile come "giustizia riparativa".

Ad un'analisi più approfondita, tuttavia, emerge che le cose non stanno esattamente così o, quantomeno, che non è pacifico che le cose stiano così.

Alcuni Autori hanno dubitato della capacità dell'*Encounter Conception* di escludere dal suo alveo qualsiasi forma di coercizione. Così, Zernova e Wright si sono interrogati sulla genuinità di un consenso prestato dall'autore del reato perfettamente consapevole che, in caso di mancata partecipazione a un *Restorative Process* o di un suo esito fallimentare, andrebbe incontro al tradizionale iter punitivo<sup>33</sup>. L'interrogativo riflette, implicitamente, quella diffusa opinione secondo cui la giustizia riparativa sarebbe espressione di un certo lassismo punitivo e, comunque, inidonea a escludere un'adesione del reo a un programma riparativo dettata esclusivamente da ragioni di convenienza. A ben vedere, tale questione riguarda la *Restorative Justice* solo contingentemente. È, infatti, una questione che si pone ogniqualvolta un certo ordinamento giuridico riconnette a un esito riparativo positivo un qualche "sconto di pena" (o, addirittura, ne esclude l'irrogazione e/o l'applicazione). Simili difficoltà, tuttavia, non emergono allorquando, per esempio, giustizia penale tradizionale e giustizia riparativa procedano su due binari paralleli. È evidente la molteplicità dei temi controversi su cui si è da ultimo sorvolato; affrontarli in tale sede non risulta possibile.

Ai nostri fini, invece, risulta proficuo esaminare un ulteriore caso in cui la violenza della coercizione pare incombere in un processo riparativo deliberativo, in considerazione dell'enfasi che, in quest'ultimo, viene attribuita all'empatia e all'emozioni. Il pericolo è che l'incontro cui mirano le *restorative practices* si riduca al tentativo di suscitare nell'interlocutore non una presa di coscienza razionale,

---

<sup>30</sup> L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, cit., p. 22.

<sup>31</sup> Si veda, a tal proposito, G. Bazemore, L. Walgrave, *Reflections on the future of Restorative Justice for juveniles*, in G. Bazemore, L. Walgrave, *Restorative juvenile justice*, p. 52.

<sup>32</sup> Si rimanda, a tal proposito, a L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, cit., p. 376 ss.

<sup>33</sup> M. Zernova, M. Wright, *Alternative visions of Restorative Justice*, cit., p. 97.

bensì solamente un insieme suggestivo di emozioni e sentimenti: il che può significare, in ultima istanza, indurre una forma di condizionamento.

La comunicazione, sganciata da argomenti razionali (o razionalizzabili), pur istituendosi in un contesto di interazione fra soggetti, verrebbe in ultima istanza a tradire, e non a concretizzare, l'esigenza di ricostruire un dialogo tra le parti: "dialogare sulla base di argomentazioni razionali significa accettare la bilateralità del confronto (tu parli ed io ascolto, dopo di che io parlo e tu ascolti)" ma soprattutto "fare appello all'intelligenza e rispettare la libertà altrui in un contesto di reciprocità. Condizionare mediante suggestioni emotive, invece, è un procedimento 'unilaterale', teso a coartare la libertà altrui, privando la controparte della possibilità di vagliare criticamente il messaggio e di replicare". Ciò che dunque si presenta, nelle intenzioni e nei modi, come il tentativo di 'trasformare il conflitto' e 'riumanizzare' gli strumenti volti a porvi soluzione, rischia di presentarsi, sua pur sotto mentite spoglie, come una 'vera e propria violenza'<sup>34</sup>.

Reggio, nel passaggio da ultimo riportato, mette in guardia dai rischi connessi a una deriva emotivistica di un incontro *Restorative* e individua nella razionalità delle argomentazioni delle parti una soluzione possibile per scongiurare tali rischi.

Il filosofo patavino, dunque, al fine di neutralizzare gli squilibri di potere tra gli *stakeholders* e ridurre il più possibile lo spazio della coercizione in seno a un processo riparativo, propone il dialogo basato su argomentazioni razionali<sup>35</sup>. Tale proposta, a parere di chi scrive, rievoca l'"immagine (molto attraente) di un conflitto nel quale le parti in lotta non sono soggette ad altra forza se non alla *forza del miglior argomento*, e non esercitano, o, subiscono, altra forma di coazione se non la 'coercizione senza coercizione' delle *buone ragioni*"<sup>36</sup> delineata da Bruno Celano.

Qualora si trattasse di un'immagine plausibile, il problema della coercizione in seno a un incontro *Restorative* sarebbe risolto (quantomeno con riferimento alla coercizione nel senso che si sta analizzando, cioè come coercizione determinata dall'impossibilità di sottoporre a giudizio razionale le posizioni delle parti). Qualora si trattasse di un ideale sensato, si potrebbe concludere che vi sarebbe almeno un modo, costituito dalla "forza dell'argomento migliore", per tener fuori la coercizione dall'*Encounter Conception of Restorative Justice*.

Sulla plausibilità di tale immagine, tuttavia, è Celano a far efficacemente dubitare, riflettendo su diversi e numerosi profili problematici<sup>37</sup>. Ai nostri fini, pare opportuno soffermarci ad esaminare almeno uno di questi. Si tratta del profilo messo in luce affrontando la questione relativa alla distinzione fra argomentazione

---

<sup>34</sup> F. Reggio, *Giustizia dialogica*, cit., p. 128-129.

<sup>35</sup> Per un approfondimento si veda F. Reggio, *La nave di Milinda. La Restorative Justice fra conquiste e sfide ancora aperte*, in C. Sarra, F. Reggio (a cura di), *Diritto, metodologia giuridica e composizione del conflitto*, Primiceri, Padova, 2020, p. 11-100.

<sup>36</sup> B. Celano, *La forza dell'argomento migliore*, cit., p. 229.

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 229 ss.

e retorica, *tipicamente* individuata nella capacità della prima di ingenerare un'autentica convinzione rispetto alla mera persuasione tipica della seconda<sup>38</sup>. "L'idea tradizionale che emozioni e passioni siano estranee al pensiero e al discorso razionale, null'altro che un fattore di turbamento e intralcio, è ormai caduta in discredito. Il problema è, precisamente, quando il ricorso a passioni o emozioni (dell'uditorio, o comuni) generi 'mera' persuasione, e quando invece sia razionalmente ammissibile. Si dirà: quando si fa ricorso, in modo razionale, a emozioni o passioni razionali, o comunque ammissibili da un punto di vista razionale. Ma tutto ciò è, naturalmente, ben poco informativo. Una volta spogliati della loro carica emotiva, termini come 'manipolazione' o 'passioni' non identificano alcuna antitesi determinata rispetto alla 'forza dell'argomento migliore'. Ma non si tratta solo di questo. Il *punto centrale* è che, in effetti, anche la *persuasione* ottenuta mediante strumenti retorici può avvalersi di *ragioni*. La retorica è, insomma, una cosa seria"<sup>39</sup>.

Il passaggio da ultimo riportato pare da solo sufficiente a mettere in crisi quell'idea dell'argomentazione razionale, nettamente distinta da emozioni e sentimenti, capace di arginare il pericolo di squilibri di potere e frenare l'ingresso della coercizione in seno a un processo riparativo deliberativo.

Da quanto abbiamo sostenuto sinora, sembrerebbe doversi concludere che non vi siano strumenti per escludere *in toto* la coercizione dalla giustizia riparativa, neanche quando quest'ultima la si intenda secondo la declinazione purista.

Non è questa, tuttavia, la conclusione proposta da chi scrive. Pare innegabile, infatti, che *l'Encounter Conception of Restorative Justice* si sforzi di costruire una modalità reattiva al fatto penalmente illecito che esclude dal suo

---

<sup>38</sup> Si rileva come tale distinzione tra argomentazione e retorica, che riferisce l'una al convincimento razionale e l'altra al convincimento persuasivo (in questo senso, J. L. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 98) è sì tipica ma niente affatto pacifica in dottrina. Peraltro, tale distinzione non è condivisa da Celano e, conseguentemente, da chi scrive. Inoltre, tal tipo di distinzione sembra far riferimento a un certo significato del concetto di persuasione; più precisamente, pare riferirsi esclusivamente a forme irrazionali di persuasione, come, ad esempio, il lavaggio del cervello o la manipolazione delle opinioni. Non va sottaciuto come, anche rispetto a ciò, la dottrina sia tutt'altro che unanime. Sono numerose, infatti, le ricostruzioni che intendono la persuasione connessa alla retorica come il risultato di un'attività idonea a essere sottoposta a un controllo razionale. A tal proposito, si richiama il noto "*Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique*". Chaim Perelman, pur non proponendo un ideale unico di razionalità argomentativa, fa dipendere l'accertamento della bontà di un argomento proprio dalla sua capacità persuasiva. Senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano, nel senso di una valorizzazione della retorica, M. P. Ellero, *Guida all'argomentazione e alle figure del discorso*, Carrocci, Roma, 2017; F. Puppo, *Diritto e retorica*, Giappichelli, Torino, 2023.

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 241. Il corsivo è aggiunto, con l'intento di mettere in evidenza come quel collegamento summenzionato (nota precedente) tra persuasione e razionalità sia tenuto in considerazione e condiviso anche nel presente contributo.

novero qualsiasi forma di coercizione; o, meglio, che esclude, dal suo ambito, la coercizione *nella misura in cui le è concesso escluderla*. Vale la pena chiarire quanto appena detto. Nessuno dubita del fatto che la coercizione, almeno quella manifesta di una soluzione al conflitto imposta da un terzo, sia assente nella proposta purista. Le perplessità di alcuni studiosi sono generate più rispetto a una sorta di "coercizione velata" che si genererebbe (anche) a causa di squilibri di potere o condizionamenti emotivistici. Orbene, indubbiamente tali perplessità possono anche essere fondate, ma presuppongono qualcosa che non pare possibile presupporre: l'esistenza di criteri precisi e infallibili per verificare la razionalità di ogni argomentazione avanzata da due parti in dialogo. L'assenza di questi implica che non vi sia un solo contesto in cui la coercizione, se intesa genericamente come condizionamento non smaccatamente evidente, possa escludersi. È in questo senso che, a parere di chi scrive, il modello purista esclude qualsiasi forma di coercizione, ma *nella misura del possibile*.

Allora, a ben vedere, le obiezioni mosse da Celano all'"immagine molto attraente della forza dell'argomento migliore" non valgono, ai nostri fini, tanto ad ammettere che la coercizione trovi spazio nel modello purista di giustizia riparativa quanto ad escludere la coercizione dall'ambito dell'*Encounter Conception of Restorative Justice*.

## 5. Considerazioni conclusive

Alcune precisazioni conclusive sembrano opportune.

È evidente come il rapporto tra giustizia riparativa e coercizione sia stato esaminato soltanto parzialmente. Non è stata proposta un'analisi completa di tutti i significati che il concetto di coercizione potrebbe assumere nel contesto della giustizia riparativa né delle eventuali implicazioni di tali significati. Il concetto di coercizione è stato analizzato limitatamente ad alcuni profili messi in luce da dei critici del modello purista, con l'obiettivo di mostrare come l'obiezione secondo cui, nonostante i propositi, l'approccio purista non riesca davvero a fare a meno dell'elemento coercitivo non pare convincente.

In ogni caso, la presente ricerca non si pone come apologetica della *Encounter Conception*. Non si sta, infatti, sostenendo che la mancata previsione della coercizione nella risposta *Restorative* del modello purista renda tale modello migliore, più efficace, più giusto, rispetto a quello massimalista. Il proposito era, invece, di mostrare come, a differenza della riparazione, la coercizione costituisca un elemento distintivo tra *Encounter Conception* e *Reparative Conception* ed è in questo senso che l'analisi di Celano su "La forza dell'argomento migliore" ha giocato un ruolo decisivo. Tale analisi, infatti, mettendo in dubbio la possibilità di distinguere chiaramente tra discorso razionale e mera persuasione, ha mostrato come quel grado di coercizione che si assume essere presente in seno al modello purista sia un'ineliminabile "minimo indispensabile".

## Bibliografia

- G. Bazemore, L. Walgrave, *Reflections on the future of Restorative Justice for juveniles*, in G. Bazemore, L. Walgrave, *Restorative juvenile justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Criminal Justice Press, Monsey, 1999, p. 359-399
- G. Bazemore, L. Walgrave, *Restorative juvenile justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform*, in G. Bazemore, L. Walgrave, *Restorative juvenile justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Criminal Justice Press, Monsey, 1999, p. 45-74
- B. Celano, *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law*, in *Rivista di filosofia del diritto*, vol. 2, 2012, p. 405-426
- B. Celano, *La forza dell'argomento migliore*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, vol. 9, 2009, p. 229-255
- B. Celano, *Norma giuridica*, in U. Pomarici, *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, p. 281-308
- K. Daly, *What is Restorative Justice? Fresh Answer to a Vexed Question*, in *Victim & Offenders*, vol. 11, 2016, p. 1-35
- M. P. Ellero, *Guida all'argomentazione e alle figure del discorso*, Carrocci, Roma, 2017
- G. Mannozi, G. A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017
- T. Marshall, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 4, 1996, p. 21-43
- J.L. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006
- P. McCold, *Paradigm muddle: the threat to restorative justice posed by its merger with community justice*, in *Contemporary Justice Review*, vol. 7, 2004, p. 13-35
- P. McCold, *Toward a holistic vision of restorative juvenile justice: A reply to the maximalist model*, in *Contemporary Justice Review*, vol. 3, 2000, p. 357-414
- F. Puppo, *Diritto e retorica*, Giappichelli, Torino, 2023
- F. Reggio, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, FrancoAngeli, Milano, 2010
- F. Reggio, *La nave di Milinda. La Restorative Justice fra conquiste e sfide ancora aperte*, in C. Sarra, F. Reggio (a cura di), *Diritto, metodologia giuridica e composizione del conflitto*, Primiceri, Padova, 2020
- P.H. Robinson, *The virtues of restorative processes, the vices of "restorative justice"*, in *Utah Law Review*, 2003, p. 375-388

D. Roche, *The Evolving Definition of Restorative Justice*, in *Contemporary Justice Review*, vol. 4, 2001, p. 341-353

S. Sharpe, *The Idea of Reparation* in G. Johnstone, D. W. Van Ness, *Handbook of Restorative Justice*, Willand Publishing, Portland, 2007, p. 24-40

M. Umbreit, *The handbook of Victim Offender Mediation*, Jossey Bass, San Francisco, 2001

D. Van Ness, G. Johnstone, *The meaning of restorative justice*, in G. Johnstone, D. W. Van Ness, *Handbook of Restorative Justice*, Willand Publishing, Portland, 2007, p. 5-23

L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, Willan Publishing, Cullompton, 2008

M. Zernova, M. Wright, *Alternative visions of Restorative Justice*, in G. Johnstone, D. W. Van Ness, *Handbook of Restorative Justice*, Willand Publishing, Portland, 2007, p. 91-108



## In defence of a free market

CLELIA BARTOLI & BRUNO CELANO

Clelia Bartoli: associate professor

Law Department, University of Palermo

[clelia.bartoli@unipa.it](mailto:clelia.bartoli@unipa.it)

Bruno Celano†: full professor

Law Department, University of Palermo

---

### ABSTRACT

---

In a dusty square of an ancient neighborhood of Palermo, there is a miserable second-hand market called *mercato dell'Albergheria*. Merchandise sold is mainly stuff collected from garbage. Those who sell and buy are some of the poorest and most marginalized among the urban population, so none of the sellers has a license or pays any tax. Nevertheless, *Albergheria* market had existed undisturbed for about twenty years. It, therefore, seems to be an actualization of the *free market* ideal. The State is not there: neither to give nor to require. In the main square, where the market is, an odd coincidence occurs: one of the buildings, an ex-cinema, is now a lecture hall of the Law Department of the University of Palermo. So, where everything is illegal, youth is trained in the legal professions. This



DOI: 10.54103/milanlawreview/24205

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024

ISSN 2724 - 3273

paradoxical circumstance was the occasion of a legal education experiment and action research, configurable in terms of “street law upside-down”.

**Keywords:** Free Market, Anarcho-capitalism, Informal economy, Marginalized groups, Participative Democracy, Clinical Legal Education.

---

This paper has been subjected to double-blind peer review

## In defence of a free market<sup>1</sup>

SUMMARY: 1. The context – 1.1. Albergheria Market – 1.2. A paradoxical square – 2. Free by force – 2.1 Voices from the state of nature – 2.2 Law seen from outside ('extra-legality') – 3. The Wall – 4. From the freedom of the moderns to the freedom of the ancients (how to free the *free market*?) – 5. Clinical-legal education – 5.1 Turning street law upside down – 5.2 The crumbling of the wall – 5.3 Being part of a constituent process – 5.4 The role of the teacher

### 1. The context

#### 1.1 Albergheria market

Albergheria district is part of the historical centre of Palermo and existed since the Arabs ruled Sicily. When the Normans took power, they enrolled Islamic architects and workers to build churches, monasteries, and palaces. Several sites of the "Arab-Norman route", recognised as UNESCO World Heritage, are therefore located there.

The historical and artistic value of the place and its location at the city's core might suggest that it is a prized area that only the notables can afford to live. Far from it. Poor locals and migrants are the bulk of the population. Streets and houses are mainly in a bad state, both the modest apartment blocks and the aged and once lavish buildings that, lacking maintenance, have become ruins, unhealthy hovels, or shoddily patched-up dwellings. Crossing the area, one can often encounter buildings gutted by World War II bombings. These empty spaces frozen in time are counterbalanced by shacks, warehouses, improvised constructions of uncertain identity, votive shrines, and altars for the family dead, all built without public planning or authorization. It is the antithesis of urban rationalism: a picturesque, decaying masonry jungle of almost organic concretions, overflowing plaster, and inexplicable cavities.

Albergheria is, first and foremost, a market district. It is home to the famous *Ballarò* food market, founded by the Arabs about a millennium ago. Not far away is another market, much less ancient (born about the early 2000s), less picturesque, and with a less strong identity, so much so that it has no definite name. As folkly as *Ballarò*, its younger sibling is even poorer: many vendors do not have a table to

---

\* Translation by Clelia Bartoli. Original Italian version: C. Bartoli e B. Celano, *Apologia del libero mercato*, in *Rivista di filosofia del diritto*, VIII, 2/2019, p. 297-326.

<sup>1</sup> In complying with a rule, whose point we do not fully understand, we declare that sections 1, 4, and 5 are by Bartoli; and sections 2, 3, and 6 are by Celano.

store their wares but use sheets set on the ground and sometimes not even those<sup>2</sup>. Second-hand objects are sold there: clothes, old shoes, furniture, everyday objects, work tools, small and large household appliances, books, telephones, and computers, as well as things seemingly without a definite form, neither a use easy to imagine.

It is certainly illegal: not one of the vendors is authorised to sell and occupy public soil, and nobody issues any receipts or pays the required social security tax. Anyway, the turnover is very trivial: the average daily profit per retailer is between 5 and 15 euros, and on weekends, it goes up a little. The amount of fees that sellers are supposed to remit to the State far exceeds what they earn in a year.

The goods have three possible origins: donation, collection, and theft. An ancient trade, still widely in use among the urban underclass, is the so-called “sbarazzo”. Who makes this job has got a Piaggio Ape and uses the small three-wheeled vehicle to transport, removal, and clear houses and cellars of the objects to get rid of. The reward for the *sbarazzo* service is the items from which one is relieved. The stuff gathered in this way is then sold right at Albergheria market.

Most of the goods, however, are collected from the rubbish bins. The hawkers stock up in areas of the city where there is still no separate waste collection, rummage through the bins, and extract whatever may have some vague chance of being used again.

Many Palermo inhabitants identify this market as the “stolen goods market” but this name is exaggerated and ungenerous: the vendors specialised in this field are few.

On weekdays, there are around 300 vendors. On Sundays, up to 500. A 2017 study surveyed 177 marketers. Of these, about half are Italian, 30% Romanians; the remaining are non-Europeans, mainly Maghrebians and lesser Sub-Saharan. More than 70 percent of the vendors surveyed are between 26 and 55 years old, that means at full working age.

The market provides an income, albeit very small, for a considerable number of families in distress and offers very cheap commodities for other poor, as Saro explains:

There are people who cannot go and buy a pair of shoes in a shop, while here you can buy a pair of shoes for 2 or 3 euros and a T-shirt for 50 cents. We go to the bins fishing for the goods, so we help those who can't get dressed. Here, you can get fully dressed for only 4 euros. All the poor come here to buy<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Florian: “Yes, I have my stuff on the floor because I can't afford the table. I can't buy it, and then it's hard to bring it home daily. I had a car in Romania, but I can't afford it here. I come with all the goods on foot” (C. Bartoli, *Inchiesta a Ballarò. Il diritto visto dal margine*, Navarra, Palermo, 2019, p. 160).

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 163.

The market, however, causes quite a few troubles for residents. Amidst the hubbub and noise, people start assembling around 5 a.m., but many stay in the area even earlier to secure their places. The merchandise occupies streets and pavements, obstructs traffic, prevents parking, and sometimes even impedes access to homes. One self-critic seller denounces the situation:

It's a mess, you can't sleep at night... It's not fair for the people who live here, for the tourists who pass by and think "what a pigsty!" It's a pigsty: stench and filth everywhere<sup>4</sup>.

Albergheria market gathers those whom S. Latouche calls the "castaways of progress"<sup>5</sup>: those who have fallen into poverty because their trade has disappeared, those who find themselves unemployed because of illness, those who have been repeatedly cheated and exploited by dishonest employers, those who have been made redundant as a result of the economic crisis, without the education, knowledge or age to get by, those who were born into a ragged family and have only learned to survive with difficulty by making do, those who have fled wars and misery. David:

I've been working at Albergheria market for two years because I've lost my job and don't know how to make a living. I sell things found in the rubbish. At night, I use to collect the goods in the bins. In the morning, at 4 am, I set up the stall. Otherwise, somebody can occupy my place. I manage to scrape together three to five euros a day<sup>6</sup>

### 1.2 A paradoxical square

The former cinema Edison stands on the square named after Napoleone Colajanni, where many Albergheria vendors gather. Acquired by the University of Palermo and renamed "Bernardo Albanese complex", it has been given new life as a lecture hall for the Department of Law. Therefore, recruits are being trained in the legal professions in a district where illegality permeates places, activities, and people. Inside the walls of the former cinema, people talk about law, legality, democracy, and equality; outside, reality makes a mockery of those words<sup>7</sup>.

Many teachers and students experienced the market literally as a hindrance. To gain entry to the "Albanese" complex, one is forced to make a gap

---

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 118.

<sup>5</sup> S. Latouche, *La Planète des naufragés: Essai sur l'après-développement*, La Découverte, Paris, 1991.

<sup>6</sup> C. Bartoli, *Inchiesta a Ballarò*, cit., p. 96.

<sup>7</sup> Aldo Schiavello (2016) was the first to note this paradoxical circumstance and foreshadow a collaboration among the university, municipality, and grassroots organizations. He is the director of the Law Department of the University of Palermo [at the time of the article publication].

between sellers and buyers and work a way through the merchandise laid out on the floor, even on the pavement next to the classroom entrance. Voices, shouting, and loud music can overlap with the scholars' speeches.

To lecture in Piazza Colajanni is considered by many to be an unfortunate exile in barbarian lands. However, the prevailing attitude between academia and the market is mutual indifference. The two worlds tend to ignore each other, insisting on co-pret and parallel dimensions (we will return to this later, *infra*, par. 3).

## 2. Free by force

### 2.1 Voices from the state of Nature

Albergheria market has deep affinities with the *free market*, as portrayed by libertarians, anarcho-capitalists, and in general by the coryphaeus of neoliberalism – those who see in the market a web of reciprocally gainful voluntary exchanges, *the mechanism* (at the same time, the only possible and, in the long term, the only just) of production and allocation of goods and services.

In a nutshell: the *mercatori* (the local expression for the sellers of the Albergheria market) are, almost literally, in the (Lockean) state of Nature. Everyone is free (not subject to others' rule and jurisdiction<sup>8</sup>) masters himself, and owns the fruits of his industry, and can, if he wishes, exchange with anyone else what is his own, pursuing his self-interest (not necessarily selfish) as the other party. If he wants, he can undertake a series of voluntary transactions, reaching an outcome beneficial to all through the action of a sort of invisible hand. There is no intrusive visible hand forcing them into non-voluntary performances, enslaving them; in fact, what they do, or even whether they are alive or dead, hardly matters<sup>9</sup>.

To be precise, the similarities between the Albergheria market and the *free market* are as follows:

(1) *Mercatori* (loyal to the imperative "be competitive!" of global capitalism, of most academic economists, of Confindustria, of advertising and television) are *entrepreneurs*, as defined by the Austrian school of economics.

Entrepreneurship is never-ending research and discovery (*entrepreneurial discovery*): the ability to spot and promptly seize new – unexpected and surprising, hitherto non-existent or wrongly overlooked – profit opportunities where others cannot see anything interesting<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> J. Locke (1689), *The Second Treatise*, in P. Laslett (ed.), *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 269.

<sup>9</sup> P.P. Pasolini, *La terra vista dalla luna* (1967).

<sup>10</sup> The entrepreneur's talents are (1) alertness: always staying alert, receptive, and ready to discover new opportunities; (2) imagination: sees things that others cannot even imagine;

Therefore, in this sense, the entrepreneur is one who sees profit opportunities where others see nothing useful. It's a matter of acumen, cleverness, and creativity. The Albergheria *mercatori* have the skill to grab, in what that others perceive just as rubbish or stuff to get rid of, a good for which there may be a demand and which may, therefore, be offered as item of a mutually advantageous exchange (*the driving force of the market*: "perhaps someone might be interested in this piece of the used heel")<sup>11</sup>. It is even possible to find traces of Protestant ethics in some *mercatori*'s statements. For example (Grazia):

I, I hardly ever rest ... We work all the time. We work on every holiday: Christmas, New Year, Easter. We are always here!<sup>12</sup>.

(2) Specifically, as free owners of themselves and their work, *mercatori* are first and foremost *entrepreneurs of themselves*. See, for instance, how Mohamed is aware of that:

I found a job with a carpenter, but he paid me too little. I looked again and found work as a bricklayer. I did everything: pillars, beams, tiles. But they didn't pay me. So, I went to Germany. I couldn't find a place to sleep there and it was too cold. So, I came back here. I went to stay in the hostel of Biagio Conte (a dormitory for homeless). I discovered open-air markets there. I used to sell in Viale Michelangelo or Zen markets. But my employer told me he wasn't earning enough and fired me. So, I came here to work for myself. You cannot stay without doing anything<sup>13</sup>.

(3) The principle of justice in original appropriation (Locke, Nozick) is almost entirely respected (not quite, as we shall see in a moment). The three Albergheria sellers' sources of supply are dumpster fishing, emptying houses of wasteful items, and booty; the last, it is true, is not compatible with the *free market*, but the first two closely resemble the (Lockean) image of the acquisition of what belongs to no one, *res nullius*. Locke writes: "In the beginning all the world was Americ"<sup>14</sup>, thinking of the original appropriation by European settlers of American territories (of course, it was a blunder: someone was already there). In the same way, *mercatori* find themselves at the origin, freed from the heavy bonds of political society: as if they were born a second time, a palingenesis, naked but already adults, free from any interference by so-called public institutions (although they

---

(3) boldness: the courage to take the risk to accomplish what one has in mind (I. Meir Kirzner, *The Driving Force of the Market. Essays in Austrian economics*, Routledge, London, New York, 2000, p. 15-20).

<sup>11</sup> Mohamed: "At night, I cycle around the bins with my bike to see if there is anything good, for example, shoes. It's not so easy ... It's a matter of luck: once you get the good thing, once you don't!" (C. Bartoli, *Inchiesta a Ballarò*, cit., p. 95)

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 91.

<sup>13</sup> *Ivi*, p. 94.

<sup>14</sup> J. Locke (1689), *The Second Treatise*, cit., par. 49.

are newborns, there is no Leviathan to paternalistically or maternalistically feed or clothe them); and they have in front of them endless piles of rubbish and waste: an enormous and apparently undifferentiated mass of products of social entropy, on which they can legitimately draw, at will, without a limit (the myth of the frontier: *Go West*).

To fix the ideas, we can imagine *mercatori* as shipwrecked by the waves on the shore of an unknown island, with no other resource but themselves exposed to an unknown environment. This mental experiment applies very well, presumably, to the case of many migrant *mercatori*. We thus recognise a kinship of the *mercato* figure with Robinson Crusoe, an old acquaintance of political economy. Furthermore, the impression of a profound affinity between Albergheria market and the *free market* is confirmed by what M. Rothbard says about *Crusoe Economics*: "Thus, the abstraction of analyzing a few persons interacting on an island enables a clear perception of the basic truths of interpersonal relations"<sup>15</sup>.

What inescapable facts does Crusoe confront? (Note how accurately Rothbard describes the *mercatori's* lived experience – *Erlebnis* – particularly of the migrant *mercato* who has just landed). He finds, for one thing, himself, with the primordial fact of his own consciousness and his own body. He finds, second, the natural world around him, the nature-given habitat and resources which economists sum up in the term "land" (footnote omitted). Crusoe ... has manifold wants which he tries to satisfy, ends that he strives to attain. Some of these ends may be attained with minimal effort on his part... But for almost all of his wants, Crusoe finds that the natural world about him does not satisfy them immediately and instantaneously; he is not, in short, in a Garden of Eden. To achieve his ends, he must, as quickly and productively as he can, take the nature-given resources (in the case of the Albergheria *mercatori*, as we have seen, rubbish and stuff that people want to get rid of) and transform them into useful objects ... In short, he must (a) choose his goals; (b) learn how to achieve them by using nature-given resources; and then (c) exert his labor energy to transform these resources... This process of transformation of land resources constitutes his "production". In short, Crusoe must produce before he can consume, and so that he may consume<sup>16</sup>.

Rothbard goes on:

The individual man (*mercato*-Crusoe), in introspecting the fact of his own consciousness, also discovers the primordial natural fact of his freedom: his freedom to choose, his freedom to use or not use his reason about any given subject. In short, the natural fact of his "free will." He also discovers the natural fact of his mind's command over his body and its actions: that is, of his natural ownership over his self ... (But) that not only is production essential to man's

---

<sup>15</sup> M.N. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, New York University Press, New York, London, 1998, p. 29.

<sup>16</sup> M.N. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, cit., p. 29, 30.

prosperity and survival, but so also is exchange (...) ownership rights are acquired in two ways and two ways only: (a) by finding and transforming resources ('producing'), and (b) by exchanging one's produce for someone else's product (...). And it is clear that method (b) reduces logically to (a) (...) Thus, all ownership on the free market reduces ultimately back to: (a) ownership by each man of his own person and his own labor; (b) ownership by each man of land which he finds unused and transforms by his own labor; and (c) the exchange of the products of this mixture of (a) and (b) with the similarly-produced output of other persons on the market. (...) The society (...) of free and voluntary exchanges-may be called the 'free society' or the society of 'pure liberty'. (...) this means that *absolute freedom*, in the social sense, can be enjoyed, not only by an isolated Crusoe but by every man in any society, no matter how complex or advanced<sup>17</sup>.

Indeed, as we have seen, *mercatori* draw on this condition of 'pure freedom' even in an advanced and complex society like ours, where others generally do not enjoy this freedom. Some of them are fully aware of how much the intervention of a visible public hand can jeopardise their freedom. Saro: "Recycling collection troubles us because, when we go to get the goods in the bins, we no longer find anything"<sup>18</sup>.

(4) The Lockean *proviso* is respected in the original appropriation: each man by nature can legitimately take possession of what does not belong to others «where there is enough, and as good left in common for other» (Locke 1689, para. 27). In their appropriation actions, each *mercato* leaves as much rubbish and 'junk' for others.

(5) One of the cardinal principles of neoliberalism and anarcho-capitalism idea of justice seems to be respected by the Albergheria market system: *first come, first served* – a principle that stimulates competitiveness and guarantees competition. Franco: «On Sundays, we come early to get places, at 3 or 4 in the morning. On Sundays, there's a mess. People squeeze in like rats. I, then, try to wake up earlier so I get the best seat and avoid arguing»<sup>19</sup>.

(6) In Albergheria market, the state is *minimal* indeed: the public hand refrains from intervening. It does not disturb the free play of supply and demand. A policeman who patrols the area says:

They are poor people making do. We, the police officers, are also human. What shall I do? Shall I go there and seize their property or fine them? They have nothing. Living the street changes you a bit because you know that laws exist, and you should enforce them. But the street is something else. The street changes you. So, we are allowed to understand. We are allowed to look at the situation, to take

---

<sup>17</sup> M.N. Rothbard, cit., p. 31-42.

<sup>18</sup> C. Bartoli, *Inchiesta a Ballardò*, cit., p. 161.

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 104-105.

into consideration the condition of these people and maybe not always intervening<sup>20</sup>.

Therefore, the sellers are full owners of themselves, their bodies, and their labor. They are not subject to the constraint imposed by an intrusive visible hand. Albergheria market is, to the letter, outside legality (we will say that it enjoys a regime of “extra-legality”; we will clarify this notion more after, section 2.2).

Unfortunately, however, many *mercatori* turn out to be unaware of the value of the freedom that their extra-legal status grants them and end up claiming a visible hand intervention (Giuseppe: “We would need to have here all the German policemen”<sup>21</sup>). They thus show that they do not live up to their vocation (they are afraid of freedom) and, like so many others, demand welfare measures:

- Marco: “If I had the chance to talk to someone who matters, I would ask him: ‘Give me a nice job, one of those where I can sit down all the tim’”<sup>22</sup>.
- Giovanni: “If I were mayor, first I would have given shelter to all the homeless: no matter if they are Palermitans, foreigners or gypsies. I will give a home to everybody”<sup>23</sup>.
- Vincenzo: “Politicians do nothing. They do not take money away to give it to those most in need”<sup>24</sup>.
- Lia: “Ah, if the State would open the building sites!”<sup>25</sup>.
- Nicola: “The municipality doesn't help me! It never helped me, never ... If they don't give me an opportunity to work, how can they expect me to pay taxes? ... Who guarantees me survival? Do they give me a chance to feed my children?”<sup>26</sup>.

*Mercatori* are indeed free owners of themselves, but they are free owners by force (they are liberalists for lack of alternatives). The point can be illustrated by means of an imaginary dialogue between *Mercatori* and free-market apologists – e.g., Milton and Rose Friedman. The Friedmans (*FF*), we imagine, are trying to

---

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 151. Felice: “The police used to come often before. ... They came with the truck and took all we had to make us move... They threatened us: if they saw us still here, they would arrest us. So, I approached them saying: Behaving like this, you are mafia mobsters! Tell me: how can I get something to eat? A man was even about to set himself on fire with gasoline. ‘Ah, stop, stop!’, they all shouted. Only when they saw him almost burning himself, they stop threatening us and leave” (*Ivi*, p. 123). Florian: “The police come sometimes, but they do nothing” (*Ivi*, p. 161).

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 145,

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 114.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 100.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 136.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 164.

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 150.

explain to a *mercataro* (*M*) – one of those who invoke public intervention to get a house or a job – what and how much freedom he enjoys.

First, they reveal to the *mercataro* that those very people whose help he naively invokes are the source of the real, insidious danger to which he is exposed.

- *M*: If I were mayor, the first thing I did would be giving all the homeless shelter.
- *FF*: Experience should teach us to be most on our guard to protect liberty when the government's purposes are beneficial. Men born to freedom are naturally alert to repel invasion of their liberty by evil-minded rulers. The greater dangers to liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, well-meaning but without understanding<sup>27</sup>.
- *M*: (the *mercataro* is not convinced. He needs help and thinks – thus showing a mentality deeply flawed by the tare of state welfarism – that the recipient of his request for help should be public institutions).

The Friedmans insist, describing to the *mercataro* the severe limitations to which his freedom would be subjected outside the free market, at the hands of Leviathan.

- *FF*: Today (i.e., in the 1970s United States; but the Friedmans are referring here, in general, to the claims of the state in the countries of the contemporary West) you are not free... go into the taxicab business, or the business of selling electricity or telephone service, or running a railroad, busline, or airline, without first receiving permission from a government official. You are not free to raise funds on the capital markets unless you fill out the numerous pages of forms the SEC requires<sup>28</sup>.

In short: you do not realise how enviable your situation is. Outside of here (outside of the *free market*, outside of this square), if one wants to build or run a railroad or set up a bank, one must apply for authorizations and permits, pay taxes and levies, and fill out a form after form. For you, on the other hand, the problem does not exist<sup>29</sup>.

- *M*: (the merchant stares at them interdicted. His perplexity can be explained as follows: on the one hand, he realizes that it must be very obnoxious, unbearable, for a person who wants to build or manage a railroad, or set up a bank, to ask for authorizations and permits, pay taxes and levies, and fill out form after form, and he knows – he is certain – that

---

<sup>27</sup> This text from U.S. Supreme Court Justice Brandeis (Supreme Court of the United States, *Olmstead v. United States*, 1928, 277 U.S. 479) is the Friedmans' book exergue (M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose: A Personal Statement*, Hartcourt Brace Jovanovich, New York and London, 1980).

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 66.

<sup>29</sup> To be honest, the Friedmans also mention in these pages more ordinary activities than building or operating a railroad, such as starting a business as a barber, a plumber, or a taxi driver. Nevertheless, it seems to us the overall tone of their discourse remains very eloquent.

he will never find himself in this unenviable position. On the other hand, however, he is not sure that this – that he will indeed never find himself applying for authorizations, permits, and paying taxes or levies to build or operate a railroad or set up a bank – is good news for him)<sup>30</sup>.

The freedom of the citizen in a democracy is nothing compared to the freedom of actors in the *free market*.

– *FF*: Majority rule is a necessary and desirable expedient. It is, however, very different from the kind of freedom you have when you shop at a supermarket. When you enter the voting booth once a year, you almost always vote for a package rather than for specific items. If you are in the majority, you will at best get both the items you favored and the ones you opposed but regarded as on balance less important. Generally, you end up with something different from what you thought you voted for. If you are in the minority, you must conform to the majority vote and wait for your turn to come. When you vote daily in the supermarket, you get precisely what you voted for, and so does everyone else<sup>31</sup>.

- *M*: yes, that's fine, but I never go to the shopping mall, because everything there is too expensive for me<sup>32</sup>.

Since he obstinately refuses to accept the value of the freedom he enjoys, the Friedmans try to overcome his stubbornness by explaining to him – addressing, first and foremost, the migrant *mercataro* – that the public interventions he advocates (housing, work...), and in general, state interference in the free play of the market for welfare purposes, would result in a fatal weakening of his moral character, and the ethical disintegration of the whole society.

---

<sup>30</sup> Rothbard is even rougher (M.N. Rothbard, cit., p. 162); *mercatari*, as we have seen (supra, para. 1), do not pay taxes, nor do they pay social security; and this means enjoying their natural, original freedom. In fact, «taxation is theft, purely and simply». Again, the *mercataro* is puzzled. On the one hand, it is a relief to learn that he will not suffer this harassment. On the other hand, he is not sure that not paying taxes or contributions to carry out his activities in the market is a sign of a happy condition. All in all, it would be better to pay taxes and contributions if it would allow one to have his own business.

<sup>31</sup> M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose*, cit., p. 65-66.

<sup>32</sup> “When you enter a store, no one forces you to buy. You are free to do so or go elsewhere. That is the basic difference between the market and a political agency. You are free to choose. There is no policeman to take the money out of your pocket to pay for something you do not want or to make you do something you do not want to do”. (*Ivi*, p. 222-223). Even this statement causes in the marketer a cognitive dissonance. On one side, he is delighted knowing that if he enters a store, there will be no intrusive public hand taking money from his wallet, forcing him to buy something he does not want. On the other side, however, he knows that this cannot happen to him because his wallet is empty. So much so that he does not even enter in the store, not because he fears being forced to buy something he does not want, but because he knows that he will not be able to buy what he wants.

- *FF*: “With the progressive expansion of state powers and, in particular, as a consequence of employment legislation (minimum wage, maximum working day, security...) emphasis on the responsibility of the individual for his own fate was replaced by emphasis on the individual as a pawn buffeted by forces beyond his control<sup>33</sup>. In the heyday of the *free market*, on the other hand] the millions of immigrants from all over the world [the Friedmans refer to the history of the United States, but their discourse, as noted above, encompasses, in general, the affairs of the state between the 19th and 20th centuries were free to work for themselves, as independent farmers or businessmen, or to work for others, at terms mutually agreed. They were free to experiment with new techniques – at their risk if the experiment failed, and to their profit if it succeeded. They got little assistance from the government. Even more important, they encountered little interference from the government”<sup>34</sup>. Welfare, on the other hand, “tends ... to corrupt the people involved. All such programs put some people in a position to decide what is good for other people. The effect is to instill in the one group a feeling of almost God-like power; in the other, a feeling of childlike dependence. The capacity of the beneficiaries for independence, for making their own decisions, atrophies through disuse... the result is to rot the moral fabric that holds a decent society together”<sup>35</sup>.
- *M* (in particular, the migrant *mercataro*): So, I, unlike those who pay taxes, can freely choose whether to be a farmer or a businessman, or instead work for others, in exchange for a nice little monthly, or weekly, or hourly nest egg. In this way, I will be able to exercise my ability to make autonomous choices, keep my sense of responsibility for the course of my life intact, and avoid finding myself in the condition of childish dependency in which those who pay taxes and contributions and who benefit from public schools and hospitals, find themselves<sup>36</sup>.

We imagine one of the *mercatori's* complaints is that it is unjust and unfair that some have a lot, and others almost nothing. But this, according to the Friedmans, is a deeply flawed way of thinking too.

First, they try to show the *mercataro* that beauty lies precisely within what appears unjust or unfair in the eyes of ordinary people. It's the spice of life, what makes it compelling, taking us away from boredom. To do this, they use an analogy.

---

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>34</sup> *Ivi*, p. 4.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 119.

<sup>36</sup> Again, in fairness, the Friedmans accept that extraordinary measures can be used in truly serious cases (*Ivi*, p. 115). However, these public charity measures are exceptions, justified only by exceptional circumstances.

- *FF*: Still another facet of this complex issue of fairness can be illustrated by considering a game of chance, for example, an evening at baccarat. The people who choose to play may start the evening with equal piles of chips, but as the play progresses, those piles will become unequal. By the end of the evening, some will be big winners, others big losers. In the name of the ideal of equality, should the winners be required to repay the losers? That would take all the fun out of the game. Not even the losers would like that. They might like it for the one evening, but would they come back again to play if they knew that whatever happened, they'd end up exactly where they started?<sup>37</sup>.
- *M*: (again, he looks at them interdicted. What does that have to do with his inability to feed himself and his family? He finds nothing funny or compelling in that. Besides, when the game started, he didn't have a stack of chips equal to the others).

The Friedmans are aware that, given the context, the analogy may appear incongruous, and they explain to the *mercataro* why this impression is misleading.

- *FF*: This example has much more to do with the real world than one might at first suppose. Every day, each of us makes decisions that involve taking a chance. Occasionally it's a big chance... More often it's a small chance... Each time the question is, who is to decide what chances we take? That in turn depends on who bears the consequences of the decision. If we bear the consequences, we can make the decision. The system under which people make their own choices — and bear most of the consequences of their decisions — is the system ... that gave Henry Ford, Thomas Alva Edison, George Eastman, John D. Rockefeller, James Cash Penney the incentive to transform our society over the past two centuries. It is the system that gave other people an incentive to furnish venture capital to finance the risky enterprises that these ambitious inventors and captains of industry undertook. Of course, there were many losers along the way—probably more losers than winners. We don't remember their names. But for the most part they went in with their eyes open. They knew they were taking chances<sup>38</sup>.

But the *mercataro* still need to be convinced. He feels that in that square, an injustice occurs daily. Some merchants even seem to have read Rawls<sup>39</sup>. Two finds feed this hypothesis.

(1) The statements of some of them seem to rest on the assumption that justice is defined by those principles that would be chosen by the members of society in an original position of equality, under a veil of ignorance.

---

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 137.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 137-138.

<sup>39</sup> J. Rawls, *A theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971.

- Roberta: We are all in the same boat<sup>40</sup>.

- Luigi: We must also put ourselves in the shoes of the residents (Bartoli 2019, 118).

- Grazia: ...because we are all the same, we are just the same!<sup>41</sup>.

(2) Second finding:

- Dorina: We are smart girls. We could do anything<sup>42</sup>. Emphasis added: After all, it is only by chance that I was born on this side or on the other side of the Romanian borders, or of the Sicilian channel – this is just the outcome of a lottery, the “natural lottery”, and it is not right that social and political institutions trace, or even corroborate the inequalities due to the accidental of birth by rewarding those who have been luckier and penalising those who have had bad luck<sup>43</sup>.

The dialogue ends badly:

- M: In short, it's not fair, it's unjust, that some people have many things and I have almost nothing. (Vincenzo: There are people driving a big car and people starving)<sup>44</sup>.

- FF: (with the disenchanting realism and ruthless lucidity of one who can count on a good heating system and a fat bank account): *Life is not fair*<sup>45</sup>.

## 2.2 Law seen from outside (“extra-legality”)

We said (above, para. 2.1) that *mercatori* are outside the law, in a condition of “extra-legality” (literally “outlaws”). In this paragraph, we explain what we mean by this term. We quote here voices that will guide us in this analysis:

- Vincenzo: Do you still believe that the law is for everyone?<sup>46</sup>.

- Santino: I know nothing about the law. Can you ask me another question?<sup>47</sup>.

- Vittorio: The law exists, of course it exists! But not for us<sup>48</sup>.

In which sense are *mercatori* in a condition of “extra-legality”?

First of all, the activity carried out by them is trivially illegal. We have seen this (above, para. 1): *mercatori* should pay taxes and contributions, and they do not. But things are not so simple.

---

<sup>40</sup> C. Bartoli, *Inchiesta a Ballardò*, cit., p. 122.

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 92.

<sup>42</sup> *Ivi*, p. 153.

<sup>43</sup> On the role of the “natural lottery” argument in Rawls’ theory, see B. Celano, *Giustizia e sorte. Alle radici della giustizia come equità*, in A. Punzi (a cura di), *Omaggio a John Rawls (1921-2002)*, in *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2004, n. 4, p. 211-235.

<sup>44</sup> C. Bartoli, *Inchiesta a Ballardò*, cit., p. 137.

<sup>45</sup> M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose*, cit., p. 137, *italics is ours*.

<sup>46</sup> C. Bartoli, *Inchiesta a Ballardò*, cit., p. 136.

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 71.

<sup>48</sup> *Ivi*, p. 135.

(1) One of the requirements that legal theorists consider essential to the “rule of law” idea (or, more precisely, “rule *per leges*”<sup>49</sup>) is norms should be feasible to observe, respect, and obey for the people to whom they are addressed, or, in short, the law should not prescribe the impossible. Well, in the case of *mercatari*, this principle is not satisfied. They do not observe the rules that should regulate their behavior as sellers because they cannot do so. We invite the reader to meditate on this point: they do not observe the rules because *they cannot*<sup>50</sup>.

The law is not properly addressing them, approaching them as humans with a minimum of respect. In some cases, the law deals with *mercatari* only through punishment: “dog law”<sup>51</sup>.

Of course, our state cannot be taken for granted as a rule of law. Therefore, this first consideration is insufficient to justify the conclusion that *mercatari* are “out of the law”.

(2) In the case of the Albergheria *mercatari*, illegality is *chronic* illegality: not so much a continuous succession of illicit acts, but rather a personal and social condition (to use an expression from the Italian Constitution, art. 3, first paragraph), a status. The law is making a gesture of exclusion toward them.

(3) The reaction of the law machinery towards *mercatari*'s activity confirms that their illegality is a condition or a status, and that the gesture of the law towards them is one of exclusion. As we have seen, this reaction is null and void: *mercatari* are not even punished (with a few exceptions). The law machinery does not even register their offenses – thus confirming their position as entrepreneurs in a *free market*.

(4) The law – as H.L.A. Hart argues<sup>52</sup> – does not only include norms that prescribe, under penalty, the adoption of a certain course of action (imperative norms: obligation, prohibition), but also power-conferring laws – in particular, norms that enable people to carry out on private transactions (private autonomy: the power to make contracts, donations, etc.). These norms “provide individuals with *facilities* for realizing their wishes, by conferring legal powers upon them to create, by certain specified procedures and subject to certain conditions, structures of rights and duties within the coercive framework of the law”. Hart makes clear that the power-conferring laws address people by saying: “If you wish to do this,

---

<sup>49</sup> B. Celano, *Stato di diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013a, p. 401-430.

<sup>50</sup> Someone may argue that they can stop being *mercatari* and find another job. We don't feel like giving them this exhortation; if they are there, it means that the alternatives have not been successful.

<sup>51</sup> J. Bentham, *Of Laws in General*, edited by H.L.A. Hart, The Athlone Press, London, 1970, p. 184; see also B. Celano, *Stato di diritto*, cit.

<sup>52</sup> H.L.A Hart [1961], *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965.

here is the way to do it". In contrast, imperative norms order: "Do this whether you like it or not"<sup>53</sup>.

Well, even concerning power-conferring norms, *mercatori* cannot be said to be addressees of the law. In this respect, too, there are no material conditions for entering the sphere of legality. Many institutions of private autonomy are, relative to the condition in which they find themselves, luxury goods. Imagine asking a *mercatoro* the seemingly innocent question: "Who is your notary? Who do you turn to when you need to draw up a contract, sell or buy a property, or make a donation?". In this regard, too, we observe how the law's gesture toward *mercatori* is one of exclusion, and in this case, the mockery is added: "if you want to become Scrooge McDuck, hold your breath for two hours".

This set of considerations leads us to say *mercatori* are out of the law. Illicit and acts of private autonomy (many, not all) are beyond their reach: they cannot afford them. Therefore, rather than *illegality*, it is *extra-legality*.

### 3. The Wall

In the Albergheria market square, legality (*sacerdotium iuris*) and illegality or extra-legality are juxtaposed (above, paras. 1, 2). Students and teachers of the Palermitan Law School are divided from *mercatori* by a sort of invisible wall: the lives of these two groups, it has been said (above, par. 1), occupy different dimensions, coexisting and parallel.

What is this wall made of? We believe that on the students' side, it is made primarily of fear, disgust, and shame. Students look away. Not seeing is a way of protecting themselves, not being caught up in something that tends to make them uncomfortable. We guess that for the students, *mercatori* are foreign and threatening figures, as they come from an alien planet to them, eager to seize their belongings (they have nothing to lose, sooner or later they will come and take our things). They are also the target of disgust because what they sell are not proper goods, and their behavior is out of the standards to which they are accustomed. Moreover, if they observe what is occurring in front of their eyes, they are ashamed, as one can be ashamed of someone else's behavior.

Probably, the wall on the students' side – in addition to functioning as a defense mechanism against the sight of something frightening or repugnant – is also made of sheer indifference. It triggers a mental pattern that confines those not considered worthy into a fuzzy background.

And, on the *mercatori's* side, what is the wall made of? We should ask whether Albergheria market, or other socially marginal realities, are a world apart in which other values apply. According to this hypothesis, the marginality is a relative concept and those who receive this stigma would feel themselves central into their social sphere. According to another supposition, that marginality and exclusion are felt as such, generating shame, anger, and suffering.

---

<sup>53</sup> *Ivi*, p. 35-36.

In our opinion, the second hypothesis is very plausible. The wall, we believe, is also, and mainly, made of a sense of inadequacy and shame. Sometimes, a sense of guilt also creeps in, stemming from the awareness of not being respectable, of not appearing of equal dignity and value to those who set the social standard, the level of aspiration that constitutes normality.

According to J. Waldron<sup>54</sup>, an essential aspect of the ideal of a “well-ordered society” is the provision of a particular public good: the mutual, visible, “general and widespread” assurance, as a matter of course, of everyone’s equal “dignity”. This term should be understood as “to be regarded as a *member of society in good standing*, whose membership does not disqualify him or her from ordinary social interaction”. The wall, we believe, is mainly constituted by the lack of this public good. Students do not perceive *mercatari*, and *mercatari* perceive that they are not perceived by students, as “members of society in good standing”.

It is also true that there is probably a difference between those who have had more exposure and those who have had less exposure to what is outside the narrow horizon of their milieu: the “outside” world of those who set the standards or otherwise live up to them. Those who have known more prosperous times, and have experienced less precarious and neglected lifestyles are likely to feel a stronger sense of exclusion, lack, shame, or having suffered injustice. Meanwhile, those who are used to having very little, barely surviving, and hanging around with people with similar existences feel less frustrated over their harsh lives<sup>55</sup>. By this, we do not mean that they do not suffer the cold and dampness of rainy nights, but cold is cold and not also frustration and shyness is not shame or guilt.

In addition to shame, there is a sense of predestination. “I am Mary, Mary forever”<sup>56</sup>: this is my condition; it cannot change and perhaps it is fitting that it should so<sup>57</sup>. This is easily explained:

Human beings who are forced to live under ghetto conditions and whose daily experience tells them that almost nowhere in society are they respected and granted the ordinary dignity and courtesy accorded to others will, as a matter of course, begin to doubt their own worth... children who are consistently rejected understandably begin to question and doubt whether they, their family, and their group really deserve no more respect from the larger society than they receive. These doubts become the seeds of a pernicious self- and group-hatred<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> J. Waldron, *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2012, p. 105.

<sup>55</sup> A Romanian seller states: “I like here, I have no other dreams” (C. Bartoli, *Inchiesta a Ballardò*, cit., p. 120).

<sup>56</sup> [It is a quote from *Mery per sempre*, a 1989 cult movie directed by Marco Risi. The film is about the destiny of underclass youth in Palermo and their life in the city juvenile prison].

<sup>57</sup> A. Sen, *Reason Before Identity. The Romanes Lecture for 1998*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

<sup>58</sup> K.B. Clark, *Dark Ghetto. Dilemmas of social power*, Gollancz, London, 1965, p. 63-64.

Capitalism appears, at first glance, as “an immense collection of commodities”<sup>59</sup>. Consequently, the *cogito* of the individual in capitalist society is: *As I consume, I am; I am a consuming thing*. We conjecture, *mercatori* feel structurally inadequate with respect to the subjectivity is requested to perform. Advertising also addresses them, but they are not up to the advertising: they cannot buy the advertised goods. They are not full subjects: theirs is a reduced, diminished, unfulfilled subjectivity<sup>60</sup>.

#### **4. From the freedom of the moderns to the freedom of the ancients (how to free the *free market*?)**

As we have seen (above, par. 2.1), Albergheria market is the parody and revealing image, the residue and Hegel would have said: “the truth” of capitalism, or better of global capitalism, given the mixed composition and multiple nationalities of *mercatori* (“Proletarians of all countries, unite!”). Does a way of emancipation from the freedom that *mercatori* hold as actors in the state of nature exist?

At the turn of 2014 and 2015, the municipality had decided to dismantle the paltry souk, urged by residents' grievances and the imminent nomination of the Arab-Norman Palermo as Unesco World Heritage. In pursuing this goal, they spared no expense: 600,000 euros in overtime to provide «consistent and constant controls». All security forces (city agents, state police, Carabinieri, and Guardia di finanza) were supposed to persuade the *mercatori* to dismantle the market or, at the very least, to restrict its extension through fines, clearances, and seizures.

The operation was a resounding flop. The market resisted and even expanded further, almost doubling its area. What had not been understood by the legitimate holders of the force is that those who are forced into extra-legality and near-total destitution are, on the one hand, extremely vulnerable but, on the other hand, refractory to the threat of sanction: fines have no effect on who owns nothing, the seizure of items collected from the rubbish is no big loss, and even the social reprobation given to those who suffer a criminal conviction certainly does not frighten one those who are used to receiving little consideration and knows from experience that prison is a necessary step in the ‘career’ (E. Goffman) of a true underclass member.

At the end of 2015, however, an unprecedented process began. *S.O.S. Ballardò* was constituted. It is a public assembly composed by associations that

---

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 107.

<sup>60</sup> According to Rawls (J. Rawls, *A theory of Justice*, cit., p. 440), one of the primary social goods, perhaps the most important, the distribution of which must be in accordance with principles of justice, is “self-respect”: “without self-respect nothing may seem worth doing or if some things have value for us, we lack the will to strive for them. All desire and activity become empty and vain, and we sink into apathy and cynicism”.

approach the neighborhood as a laboratory to test inclusive forms of coexistence and development. On March 13 2017, in the Church of San Saverio all'Albergheria, S.O.S. Ballarò organised a meeting with the mayor Leoluca Orlando, part of the Council, the head of the Municipal Police, representatives of the municipal waste agency, and some of the residents (on behalf of *mercatori*, only one was present). The topic debated was what to do with the market. Among the guests, there was Ilda Curti, a former alderman of the City of Turin and an expert in urban regeneration. Curti initiated the process that, after years of engagement, led to the regularization of the once-abusive Balôn market, located in Turin's Porta Palazzo district. The Turin experience seemed to point the way: combining the sellers' demands with those of residents, the needs of the poor with decorum and legality. The strategy envisaged was not to ban those who, because of extreme poverty, live outside the law but to accompany the market towards a "formalization" and to fix the rules so that their observance would also become accessible to those in need.

About a month after this meeting, on April 21 2017, the city council approved resolution No. 81, which started the process for the formalization of the "second-hand market and free-trade area" in the Albergheria district. The intention is "to balance the different interests of the community (situation of extreme need and poverty of the sellers, wellbeing of the residents, public hygiene, public order)". It is then declared to draw inspiration from the "fruitful experience of the City of Turin, born in the early 2000s, to give dignity and recognition to the 'invisible vendors' of Porta Palazzo/Balôn" and it is promised to readapt it to the local context. A technical-political group was thus set up. Its task is to collaborate with S.O.S. Ballarò thorough research on the phenomenon of Albergheria market; identify the area for free second-hand trade; set up ways and times to listen to and confront the vendors; propose experimental rules to regulate the market; and design policies to ensure a good quality of life.

The resolution text introduces the figure of the "irregular seller out of need", for whom being an «outlaw» is not a deliberate act but the result of a state of necessity. On the contrary, the choice to sell secondhand stuff, both donated or collected, is read as an effort of honesty.

In the subsequent resolution to regulate the market (No. 38, March 28, 2018), a further step is taken: Albergheria market is not only framed as an irregular way of making do to which the wretched are forced, but it is given credit. While reiterating the many serious problems (the inconvenience caused to residents, underworld infiltration, and, in some cases, fencing), the document states that the market performs two valuable functions: it is a sort of welfare program from below and has an ecological value.

First virtue: the market is a collective subject and an opportunity for participation. It is a self-managed form of welfare community to address the shortcomings of the welfare state. The poor organised themselves, invented a trade by extracting value from waste, providing cheap goods for other poor, and giving the people in distress a chance to create a job to bring home the bread. Ninni:

When a newcomer arrives, we find a space and make him fit in... We let everyone work. If one comes here, it's because he is in trouble. So we must work together to solve his problem, and to prevent he goes astray<sup>61</sup>.

*Mercatari* are aware that they are replacing institutional functions. Vittorio: The State has forgotten about us. The State does not think about us. It is we who give ourselves rules, and who help each other<sup>62</sup>.

Second virtue: the market is a “form of waste prevention”. It is an example of a circular economy: products destined for landfill or expensive recycling treatment are put back into use.

Thus, over the alternative between restoring legality and decency at the expense of the poor who find their meagre sustenance in the market and tolerating illegality because it is brought about by a state of necessity, a third possibility is emerging that we will call “participative regeneration”.

The process of formalising Albergheria market aspires to be a means of emancipation because it addresses the *mercataro* not simply as a person requiring assistance or an irregular to be punished (although he is both needy and irregular), but as a stakeholder of urban regeneration. The guiding idea is to empower marketers to speak with their own voices, in dialogue with residents and institutions to generate market rules together.

The participative process of market regeneration is part of the so-called “horizontal subsidiarity”. Massimo Castiglia, co-founder of S.O.S. Ballarò and president of the city district where Albergheria is, says:

The novelty of our approach is that the administration does not drop rules and a certain way of doing things from above. On the contrary, it is as if it were saying: What you are doing is good in many respects because it expresses a desire for emancipation and dignity. However, we should do better. Therefore, as an institution, we are committed to support the market and neighborhood improvement<sup>63</sup>.

In this sense, horizontal subsidiarity starts recognizing the value of citizens' initiative, directing individuals' energy and capacities toward the service of the community. On the one hand, the institution cedes fields of intervention and decision-making. On the other, it supports, leads, and mediates. While granting active citizenship broader spaces of power, it does not refrain from intervening but provides positive services to ensure that citizens live up to their assumed role. The municipality thus seems to be committed to promoting the freedom of *mercatari*'s

---

<sup>61</sup> C. Bartoli, *Inchiesta a Ballarò*, cit., p. 130.

<sup>62</sup> *Ivi*, p. 134.

<sup>63</sup> *Ivi*, p. 168.

economic initiative as a social right and entrepreneurial propensity as a form of welfare.

## 5. Clinical-legal education

### 5.1 Turning street law upside down

The paradoxical coexistence in Piazza Colajanni of parallel worlds divided by an invisible wall (above, par. 3) would have remained merely an accidental and a peculiar occurrence (perceived as detrimental to the presumed dignity of the academic institution) if it had not been transformed into an opportunity for study and research. In the 2017/2018 academic year, one of us (Bartoli), who teaches *Legal Ethics, Sociology and Critics* at the Law School of the University of Palermo, proposed to her students to investigate Albergheria market and the ongoing formalization process. The task was looking at, and making students to look at law from the outside, from the perspective of those who stand on the margins of society and are in a condition of extra-legality (above, par. 2.2), thus bringing to light aspects of the legal phenomenon that would have been difficult or impossible to grasp by remaining in the position of the lawyer, the standard university student, or that part of the citizens to which the lawmaker addresses when designs rules. *Mercatari* look at law from the outside and afar (above, 2.2). We think it is worthwhile for law students to be aware of what the law looks like from this perspective. The law can only be widely understood if we also look at it from the outside.

Instead, those who attended the course in the following academic year (2018/2019) were offered the opportunity to take part in the neighborhood regeneration process (above, para. 4) by participating, together with the *mercantari*, representatives of institutions and residents, in the drafting of the legal acts for the formalization of the market.

This way of teaching law draws inspiration from the clinical-legal education. It is a kind of *street-law* but in reverse compared to the usual configuration.

*Street law* is the European most popular legal clinical program, right after *pro bono* judicial and extrajudicial advice<sup>64</sup>. It consists of dissemination events of legal knowledge in different contexts, e.g., in high schools, penal institutions, or among minorities and vulnerable groups. These initiatives belong to the so-called “university third mission”, when academic studies serve society. These programs, however, assume that academic knowledge enjoys an undeniable primacy and university holds a kind of epistemic monopoly. Therefore – *noblesse oblige* – students and scholars must shoulder the burden of bestowing their wisdom on the masses. If we challenge this assumption, the conventional form of *street law* turns upside down. We attempted to do this precisely.

---

<sup>64</sup> *Ivi*, p. 54.

A crucial inspiration for the inquiry on Albergheria market was Danilo Dolci's oeuvre, particularly, how he conceptualizes law dealing with "outlaws" and "bandits"<sup>65</sup>.

Indeed, Dolci was not the first one to give voice to pariahs. However, the investigations involving disadvantaged subjects use to treat them as "case studies". They ask them to *report their experience* and not to *express an opinion*. They expect respondents to use their *memory* rather than their *intelligence*. Dolci, differently, does not address the people interviewed as *guinea pigs* but rather as *interlocutors*, knowing that they own rationality and imagination.

Dolci was aware that the abilities to learn, speak up, and argue are often stunted or compromised due to circumstances and can only be improved with practice. For this reason, he developed the "reciprocal maieutic approach"<sup>66</sup>. Like Socrates, Dolci assumes that people are custodians of knowledge and virtues, which can remain unexpressed if living conditions ban them to express such capacities. However, the two methods differ in one crucial aspect. In the Socratic version there is a master who helps the disciple give birth to the concept. In Dolci's version, there is a group in dialogue in which each one stimulates the others to generate knowledge and imagination. For its creator, the reciprocal maieutic approach is a community educational method in which the subjects involved take charge of their own destiny without delegation<sup>67</sup>.

In the wake of Dolci, the students' inquiry on Albergheria market was guided by the assumption that knowledge is widespread, and that the scholar's task is not to reach a point of view that claims to be universal but rather to collect and intertwine multiple and divergent sights. Thus, teachers and students crossed the gate of the academy building and took to the streets, not to proclaim the legal word, but to learn, learning from those whom society ranks among the least.

*Street law* in reverse, therefore, by putting the opinion of legal 'experts' in dialogue with those who live in the *banlieues* of law, intends to resize the claim of

---

<sup>65</sup> Among Dolci's writings, Bartoli drew the most inspiration from *Banditi a Partinico* (1955) 2013 and *Inchiesta a Palermo* (1956) 2014. One focuses on the banditry phenomenon in Sicilian rural areas, and the other on the poverty of the urban population. In the first book, Dolci uses the term "banditi" as "banned". [The Italian word "bandito" means both "bandit" and "banned" stressing this common etymology, the author denounces how *banning* people, excluding them, causes the effect of forcing them to become *bandits*, outlaws]. Dolci dialogues with the *banditi*, those who are stigmatized and punished without having been granted any opportunity for a worthy and honest life. The second book is devoted to the jobless who make do (in the 1950s) in the underclass areas of Palermo. The research carried out by the "Legal Ethics, Sociology, and Critics" students was intended to update Dolci's inquiry. The bitter remark is that the stories of the Albergheria market characters are very similar to those collected by Dolci.

<sup>66</sup> D. Dolci, *Nessi fra esperienza, etica e politica*, Piero Lacaita Editore, Manduria-Bari-Roma, 1993, p. 327; D. Dolci, *La struttura maieutica e l'evolversi*, La Nuova Italia, Scandicci, 1996.

<sup>67</sup> D. Dolci, *Nessi fra esperienza, etica e politica*, cit., p. 327.

universality of academic knowledge. It produces that effect of “singular clarity of mind and freedom of spirit” desired by N. Bobbio in the preface to *Banditi a Partinico*<sup>68</sup>:

After reading these pages, let us listen to the sinister or ironic echo that words like democracy, justice, and law acquire in our souls. Those who will have grasped the new or scandalous sound of these words and will be ashamed of them, will acquire a singular clarity of mind and freedom of spirit to begin to speak again, without intellectualistic concepts, but on the contrary, with much humility and moderation, and a sense of difficulty and limits of democracy, justice, and law.

We do not intend to deny the importance and necessity of learning from texts, nor the peculiar value of rigorous scientific studies produced by the commitment of professional scholars and researchers. However, precisely because of the scientific method, the students were invited to train their capacity to doubt their point of view, understanding its limits and partiality, be suspicious of everything that appears obvious or taken for granted, and learn to decentralize their gaze, crossing it with other perspectives.

## 5.2 The crumbling of the wall

In the spring of 2018, around 100 fourth-year students of the Law degree course, divided into small groups, wandered around Albergheria market, asking whoever they met to give an interview. The assigned task was to collect life stories, a market description, and the interviewees' opinions on law, legality, authority, and the formalization process.

Generally, the people were happy to talk to boys and girls who were eager to listen them. The young age of the interviewers made things easier, as it helped to redefine relationships and hierarchies. An adult scholar with academic status and habitus might have aroused awe and distance. Instead, the economic and cultural disadvantage of *mercatori* was balanced by their older age and longer experience. Interviewees often showed a protective attitude toward students, delivering advice and worrying about their future. Lia, a woman who regretted leaving school too early to make a family, urged her interviewers: “Listen to me, you who are young ladies, please study!”<sup>69</sup>.

This inquiry activity, which took place in the space just in front of the University building, had the flavor of an adventure in an exotic and unsettling land. Thus, to analyze how an experience like this changes the researcher was crucial. Students had the assignment to “watch their own gaze”, noting how participating in this research had an impact on themselves. Their notes reveal a profound conversion in how they observe and judge and even in their instinctive

---

<sup>68</sup> D. Dolci, *Banditi a Partinico*, Sellerio, Palermo, 2013, p. 10.

<sup>69</sup> C. Bartoli, *Inchiesta a Ballarò*, cit., p. 164.

reactions. For example, Gioia D'Amato writes: "From a sense of fear and disgust, I moved to a form of welcoming, precisely because I had the chance to hear their stories from their voices"<sup>70</sup>.

Thereby, seemingly incommensurable realities come into relationship with great ease. Maria Chiara Cardella states: "It only took eighteen minutes, just eighteen, to completely change my perspective", showing her surprise at the rapidity of her epistemic metamorphosis<sup>71</sup>. And Alberto Caravella adds: "This research work... crumbled, at least in my case, walls that appeared impossible to cross but which, in a while, turned out to be very fragile"<sup>72</sup>.

How is it possible that the wall that until then had prevented any exchange between the university and the market collapsed so easily? Its resistance was due to its invisibility. The wall is an internalized mental pattern that we are not aware of. It dictates that some paths are possible, and others foreclosed. However, as soon as we realize this is an unreflective and unnecessary mindset, the impediment dissolves. The effect is a desegregation of thought and action.

According to common sense, overcoming segregation means including, or even assimilating, those living in a condition of marginalization and hardship into the sphere of "full members of society" (supra, para. 3). Actually, all parts of society run the risk of finding themselves trapped into too homogeneous and stifling environments. Even the elites are excluded from much else. The inquiry in the Albergheria desegregated both market and academy actors.

On the one hand, A. Staropoli, a sociologist engaged in social mediation work for the regeneration process of the Albergheria area, states:

*Mercatari* experienced that Marco, a young vendor, reported the workshop results in the university hall, in front of representatives of the institutions, as a form of emancipation. They had never entered that ivory tower. They used to perceive university as a place, even physically close, inaccessible due to cultural and social gap. But now the university had become a space where some of them could take the floor<sup>73</sup>.

On the other hand, Maria Fiorentino, a student who participated in the investigation, writes:

We thought they were just thugs, dirty and chaotic, while they are people, human beings. There were stories, there were misery, hunger, illiteracy, and resignation. There was a reason for everything. This inquiry helped us discover these people,

---

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 26.

<sup>71</sup> *Ivi*, p. 185.

<sup>72</sup> *Ivi*, p. 188.

<sup>73</sup> *Ivi*, p. 174.

learning to see them with different eyes. Furthermore, it allowed us to work on ourselves and the way we approach others<sup>74</sup>.

### 5.3 Being part of a constituent process

The witness accounts and opinions collected in Albergheria market by the students were then incorporated into a book entitled *Inchiesta a Ballarò. Il diritto visto dal margine*<sup>75</sup>. This text served as a handbook for the following academic year 2018/19. The around fifty students formed four groups. The first had to process the administrative acts relating to the formalization of the market that had been issued up to that time, study similar processes tried in other contexts, and draw up guidelines the municipality could adopt. The second group was asked to analyse the new legislation about the no-profit organizations (D.lgs. 117/2017; L. 136/2018), and draft the statute of a future *mercatari's* association. The third group had the task of investigating European, national, and local norms concerning the circular economy and the opportunities that could be derived for the market (e.g., the four EU directives of 4 July 2018 known as *Circular Economy Package*; L. 221/2015; the *Regional Waste Management Plan*, and the *Regional Council Resolution* no. 526/20-12-2018). Last, the fourth group had to delve into the debate on welfare community and horizontal subsidiarity, exploring how Tuscany and Emilia-Romagna regions included those principles in their innovative legislation. Each group had a mentor to help them with the survey, scrutiny, and drafting.

The students, therefore, have been given the task of preliminary preparation of the participatory regeneration process (section 4, above)<sup>76</sup>. Deliberative democracy fails when the assembly to decide does not provide a pilot phase of study and information acquisition<sup>77</sup>.

Indeed, an academic team composed of committed and effective young people highly supported the formalization process. It was at least as important for lawyers-in-training to play the role of a lawmaker so close to the people to whom the rules would be addressed. In this way, the students experienced the process of codifying customary rules, probed the ability of law to regulate social conflicts, and the extreme difficulty of harmonizing, or at least balancing, competing demands, searching for solutions able to include those who are normally excluded. They discovered potential and limits of law. Furthermore, many of the issues tackled in their theoretical studies appeared to their eyes in the flesh.

The outcome of this experiment was surprising in terms of motivation, initiative, and quality of work. The students successfully drafted the market

---

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 188.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> In a survey published in 2016, out of one hundred European legal clinics, around twenty declared that one of their activities was to design drafts of laws and policies (C. Bartoli, *Legal clinics in Europe. For a commitment of higher education in social justice*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2016, p. 54).

<sup>77</sup> V. Pazé, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

association statute, wrote the guidelines that the municipality will adopt, and presented their research in a clear, thorough, and impressive manner. Nevertheless, they went far beyond the already challenging tasks their professor had assigned them. In fact, they studied additional materials they had identified as important, spontaneously participated in the Albergheria market assemblies to learn more about the ongoing process, got in touch with similar experiences in other parts of Italy, shadowed representatives of the institutions and investee companies of the City of Palermo involved in the regeneration of the neighborhood, submitted their proposals for consideration by *mercatori*, they developed a website project to tell the story of that participatory urban regeneration, shot a video documentary, designed a tour led by the people of the neighborhood to make the social reality of Albergheria correctly known, outlined a proposal for a reuse center, and finally organized a debate in Piazza Colajanni that ended with a social lunch, where they cooked together with friends and family members they had mobilized for the event.

#### 5.4 Role of a teacher

In this educational process, what is the role of a teacher who combines the legal-clinical approach with the reciprocal maieutic one?

Certainly, the transmissive role – whereby the teacher transfers his knowledge into the learners' minds-containers – is greatly reshaped. The clinical-maieutic teacher must prepare the ground for the students to become authors of their own knowledge in collaboration with others. He or she is a talent scout engaged in the detection of the learners' abilities, a mediator of unpredictable relationships, a prompter of sources, an inoculator of doubts and suspicions, an interlocutor of discoveries, and a supporter of the initiatives of the students-researchers-actors. This kind of professor proposes to not only written texts but also people, actions, and contexts as sources of knowledge.

Above all, the maieutic teacher must step aside, leaving students room for initiative and, therefore, power so that they can practice, test, and master their skills. In short, a certain humility is required. The teacher's questions are not aimed at certifying, as in an ordinary exam, that the student knows what he or she already knows. They are authentic questions, where the questioner does not yet know the answer, but asks with the purpose of discovering it together.

#### 6. Conclusion

We cannot yet predict where market formalization and Albergheria regeneration will go<sup>78</sup>. It is a complex and obstacle-filled process that risks going nowhere. Legality, in fact, may remain too demanding a threshold for people in

---

<sup>78</sup> [The guidelines drafted by the students and *mercatori* were adopted by the City of Palermo on July 3, 2019. Due to delays caused by the pandemic, the market

such deep distress. And even if formalization succeeds, some of the benefits of market informality may be lost, such as the mutual solidarity that unites *mercantari*.

We are sure, however, that participation in market formalization process was a great opportunity both for students and scholars of legal disciplines. The discussion with the youth of both courses showed that their involvement was driven by the awareness that they finally had an active role in the production of knowledge, by the feeling that they were “doing something”, and that their study could change the lives of many people for the better. They performed a wide range of skills, challenging fears and prejudices. They experienced working together, forging new friendships with colleagues and people from the market, the municipality, and the associations involved. Reportedly, the students were amused and moved.

## Bibliography

C. Bartoli, *Legal clinics in Europe. For a commitment of higher education in social justice*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2016, p. 1-100

C. Bartoli, *Inchiesta a Ballarò. Il diritto visto dal margine*, Navarra, Palermo, 2019

J. Bentham, *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (ed.), The Athlone Press, London, 1970

N. Bobbio, *Prefazione*, in D. Dolci, *Banditi a Partinico*, Sellerio, Palermo, 2013, p. 9-24

B. Celano, *Giustizia e sorte. Alle radici della giustizia come equità*, in A. Punzi (ed.), *Omaggio a John Rawls (1921-2002)*, in *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2004, n. 4, p. 211-235

B. Celano, *Stato di diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (ed.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013a, p. 401-430

B. Celano, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso, D. M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013b, p. 175-202

---

regularization experiment started on July 1, 2021, and lasted one year. It was interrupted because the city council headed by Leoluca Orlando ended its term. At the time of publication of this translation, negotiations with the current city council headed by Mayor Roberto Lagalla are ongoing. The Law Department continues to play a role as promoter and mediator with Albergheria market.]

- K.B. Clark, *Dark Ghetto. Dilemmas of social power*, Gollancz, London, 1965
- D. Dolci, *Nessi fra esperienza, etica e politica*, Piero Lacaita Editore, Manduria-Bari-Roma, 1993
- D. Dolci, *La struttura maieutica e l'evolverci*, La Nuova Italia, Scandicci, 1996
- D. Dolci, *Banditi a Partinico*, Sellerio, Palermo, 2013
- D. Dolci, *Inchiesta a Palermo*. Sellerio, Palermo, 2014
- M. Friedman and R. Friedman, *Free to Choose: A Personal Statement*, Hartcourt Brace Jovanovich, New York and London, 1980
- H.L.A Hart (1961), *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965
- I. Meir Kirzner, *The Driving Force of the Market. Essays in Austrian economics*, Routledge, London and New York, 2000
- S. Latouche, *La Planète des naufragés: Essai sur l'après-développement*, La Découverte, Paris, 1991
- J. Locke (1689), *The Second Treatise*. In *Two Treatises of Government* edited by P. Laslett, Cambridge University Press, Cambridge, 2009
- K. Marx (1867), *Il capitale*. Libro I, a cura di Aurelio Macchioro e Bruno Maffi, Utet, Torino, 2009
- V. Pazé, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2011
- J. Rawls, *A theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971
- M.N. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, New York University Press, New York-London, 1998
- A. Sen, *Reason Before Identity. The Romanes Lecture for 1998*, Oxford University Press, Oxford, 1999
- J. Waldron, *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2012



# Analytical Philosophies of 'Custom': Georg Henrik von Wright and Bruno Celano

VIRGINIA PRESI

PhD Student in "Scienze Giuridiche - Cesare Beccaria"

Università degli Studi di Milano

[virginia.presi@unimi.it](mailto:virginia.presi@unimi.it)

---

## ABSTRACT

---

In the tradition of analytical philosophy of norms, the subject of custom has received limited attention. This paper seeks to address whether the term 'custom' denotes a *univocal* phenomenon or encompasses *various* normative phenomena due to its polysemy. To this end, this paper examines the perspectives offered by the Finnish philosopher Georg Henrik von Wright and the Italian philosopher of law Bruno Celano. These two analyses offer distinct responses to the question: What do we refer to when we say, 'custom'? Overall, this paper contends that a *redefinition* of the nature of customs could not be separated from a preliminary analysis of the uses and the meaning of the term 'custom', representing a methodological rephrasing of the research at hand.



DOI: 10.54103/milanlawreview/24206

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

**Keywords:** Custom; Georg Henrik von Wright; Bruno Celano; Normativity of customs; Rephrasing.

---

This paper has been subjected to double-blind peer review

## Analytical Philosophies of 'Custom': Georg Henrik von Wright and Bruno Celano<sup>1</sup>

*It should first be determined whether 'custom' is one of those words that has a family of meanings. If it is, though it may have blurred edges itself, perhaps the interests of clarity will be served if we can distinguish at least some of the members of the family from one another<sup>2</sup>.*

SUMMARY: 1. What are we referring to when we say, "custom"? – 2. The place of custom in von Wright's ontology of the normative. – 2.1. Custom and habits. – 2.2. Custom and laws of nature. – 2.3. Customs and prescriptions. – 2.4. Custom and rules. – 2.5. Custom and moral norms. – 2.6. Custom and language. – 2.7. Von Wright's analysis of 'custom' at key points. – 3. The three meanings of 'custom' in Celano's analysis. – 3.1. 'Custom' in terms of *normative behavior*. – 3.2. 'Custom' in terms of *convention*. – 3.3. 'Custom' in terms of *pre-convention*. – 4. Concluding remarks. – 5. Bibliographical references.

---

<sup>1</sup> The author of this article is grateful to Professors Francesca Poggi and Silvia Zorzetto for the invitation to participate in this special issue of MLR. Moreover, the author expresses gratitude to Professor Paolo Di Lucia for discussing a previous version of this article. Furthermore, the author is grateful for the suggestions she received during the two seminars she presented on similar content at the 'von Wright and Wittgenstein Archives' (Helsinki, Finland) and at the Department of Law of the University of Helsinki (Finland).

<sup>2</sup> B.M. Leiser, *Custom, Law, and Morality. Conflict and Continuity in Social Behavior*, Anchor Books Doubleday & Company, Inc. Garden City, New York, 1969, p. 9.

### 1. What are we referring to when we say, “custom”?<sup>3</sup>

The range of cases in which the English term ‘custom’ (EN) [*costume* (IT), *Sitte* (DE), *Käytäntö* (FIN), *Kutym* (SV)]<sup>4</sup> is used, along with its plurality of meanings, has been rarely investigated in the tradition of analytical philosophy of norms<sup>5</sup>.

The ambiguity surrounding the uses and meanings of the term ‘custom’ could be justified by the variety of related concepts that often overlap and are frequently regarded as synonymous, such as habit, practices, conventions, social norms, propriety, morals, and ethics<sup>6</sup>.

At first glance, it seems necessary to unveil whether ‘custom’ denotes a *univocal* phenomenon or is a *polysemic* term that could denote *various* normative phenomena<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Against the background of analytical language studies, the title of this paragraph is inspired by the question “What do we mean when we say ...?” Moreover, Bruno Celano him-self titles a chapter of his book *Lezioni di filosofia del diritto*, published in 2018, with the similar expression “what are we talking about when we speak the language of law? [Di che cosa pariamo, quando parliamo il linguaggio del diritto?]”, see B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, stato di diritto, codificazione, positivismo giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 9.

<sup>4</sup> We mention here the Finnish and the Swedish terms for ‘custom’ in honor of the Finnish Georg H. von Wright, Swedish native speaker, whose works we analyze in this article.

<sup>5</sup> Among the exemptions, it is noteworthy that the American philosopher Burton M. Leiser attempts to analyze the circumstances in which the term ‘custom’ is employed starting from “typical sentences using ‘custom’” such as “It was Kahn’s custom to pass by this corner at seven o’clock each morning”, “It is customary for wills to be witnessed by two persons”, “It is customary for the fork to be placed to the left of the plate”, “It is customary for people not to break their promises”, see B.M. Leiser, *Custom, Law and Morality*, cit., p. 10-12.

<sup>6</sup> Complicating the scenario, within certain languages, the term ‘custom’ corresponds to a plurality of (not always equivalent) terms. The paradigmatic case of this could be the Italian term ‘*consuetudine*’, assumable as equivalent to the German term ‘*Gewohnheit*’, which is not directly translatable into English. Rudolf von Jhering is one of the very first authors interested in drawing clear conceptual boundaries between the concept of ‘*Sitte*’ and the concept of ‘*Gewohnheit*’ in *Der Zweck im Recht. Zweiter Band. Zweite umgearbeitete Auflage*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1883, <sup>2</sup>1886. Traduzione italiana dell’edizione <sup>2</sup>1886 a cura di M.G. Losano, *Lo scopo nel diritto, vol. II*, Nino Aragno Editore, Torino, 2021. See R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, cit, p. 211-213, and a few critical remarks about it in V. Presi *Sittengesetz in Rudolf von Jhering: la teoria del costume tra sociologia del diritto e ontologia sociale*, in *Sociologia del diritto*, 2023, Vol. 50, n. 1, p. 67-70.

<sup>7</sup> In the Oxford Research Encyclopedias, in the section of linguistics, under the label ‘polysemy’, Agustín Vicente and Ingrid L. Falkum write: “polysemy is characterized as the phenomenon whereby a single word form is associated with two or several related senses. It is distinguished from monosemy, where one word form is associated with a single meaning, and homonymy, where a single word form is associated with two or several

In this regard, the works of the Finnish philosopher Georg Henrik von Wright and the Italian philosopher of law Bruno Celano share the common purpose of bringing clarity to the linguistic complexity of the phenomenon of customs. In fact, they both challenge the question “What are we referring to when we say, “custom”?”<sup>8</sup>.

By keeping this question in mind, this article addresses the two different answers these authors provide: we can say ‘custom’ referring to a *norm-like* entity (von Wright) as well as to *normative behaviors, legal customs, and pre-conventions* (Celano).

Therefore, this article will present the respective contributions by von Wright and Celano, envisioning a hypothetical dialogue between their works<sup>9</sup>.

Firstly, this article will examine how von Wright analyzes the linguistic uses of the term ‘custom’ within the context of his map of the normative, seeking similarities and divergences with other forms of normativity to identify the specific place of customs (§ 2.).

Secondly, this article will explore how Celano investigates what the term ‘custom’ can specifically denote and his attempts to define the various features of the phenomena denoted by that term (§ 3.).

Hence, in light of the arguments put forth by von Wright and Celano, this article emphasizes the necessity of terminological clarity as a basis for refining the research methodology on customs, by the means of *redefining* the nature of customs. This entails initially reframing the investigation by revisiting both traditional and new *stipulative definitions*<sup>10</sup>.

---

unrelated meanings”, see A. Vincente & I. L. Falkum, *Polisemy*, in *Oxford Research Encyclopedia of Linguistics*, Oxford University Press, July 27, 2017.

<sup>8</sup> Generally speaking, the necessity to reframe the subject under discussion, thereby *redefining* it by considering and surpassing both traditional and new *stipulative definitions*, has been particularly emphasized within the analytical tradition of philosophy of law since the 20th century, particularly in the investigation of the nature of norms. Among the literature in this regard, the following ones stand out: Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1953; Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Casa Editrice Nuvoletti, Milano, 1955; Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle Scienze, Torino, 1959. Nuova edizione a cura di A. Pintore, Giuffrè, Milano, 1985.

<sup>9</sup> It is important to remark that Celano does not directly quote von Wright’s works on customs, although Celano often quotes von Wright regarding other subjects, as in B. Celano, *Law as Power. Two Rule of Law Requirement*, in W. Waluchow & S. Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundation of the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 129-151. It is noteworthy that Celano wrote a chapter of his doctoral defense on von Wright’s explication of the ‘ought’ and ‘is’ topic, namely B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994.

<sup>10</sup> Regarding the feature and the procedure of the *stipulative definition*, see R. Robinson *Definition*, Clarendon Press, Oxford, 1954.

## 2. The place of custom in von Wright's ontology of the normative<sup>11</sup>

In *Norm and action*,<sup>12</sup> precisely the first chapter titled *On Norm in General* (p. 1-16), the Finnish philosopher Georg Henrik von Wright attempts to provide for an overall map of the “very heterogeneous field of meaning” covered by “the term ‘norm’”,<sup>13</sup> crossed by what “we should not hesitate to call [...] ‘normative’” even though are not strictly assumable as norms<sup>14</sup>.

Von Wright justifies this position by saying that:

A restricted theory of norms runs the risk of being defective if it does not pay due attention to conceptual affinities and logical relationships between the various parts of the whole field of meaning<sup>15</sup>.

Hence, the taxonomy offered by von Wright consists in “three major groups of norms” – *rules, prescriptions, and directives* – and “three minor groups of particular importance” – *customs, moral norms, and ideal rules*<sup>16</sup>.

The difference between the three major groups and the three minor groups lies on the fact that, if the types of norms belonging to the three major groups have their own characteristics, whereby they are defined, on the other hand “the minor groups [...] show affinities to more than one of the major groups – they fall, so to speak, ‘between’ the major groups”<sup>17</sup>.

Therefore, it is in this scenario that von Wright assigns a place for custom within the varieties of the different meanings of ‘norms’ by contending custom as ‘norm-like’, as follow:

---

<sup>11</sup> The following explication of the nature of customs in von Wright is solely based on the limited discussion he provided on this topic in *Norm and Action*, published in 1963. However, I recently had the opportunity to become acquainted with unpublished works by von Wright during my stay as a visiting researcher at Helsinki in the ‘von Wright and Wittgenstein Archives’. I hope to be able to comment on these new findings in future publications, and I extend my gratitude to Bernt Österman and Thomas Wallgren for keeping me informed.

<sup>12</sup> G.H. v. Wright, *Norm and action. A logical inquiry*, Routledge & Kegan Paul, London; The Humanities Press, New York, 1963.

<sup>13</sup> *Ivi*, p. viii.

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 1. For a brief and clear introduction to the map of normative of von Wright, see P. Di Lucia & L. Passerini Glazel, *Norm and Action. A cento anni dalla nascita di Georg Henrik von Wright (1916-2003). Presentazione. Georg Henrik von Wright, dalla logica deontica alla filosofia del normativo*, in *Notizie di POLITEIA*, Vol. XXXIV (130), 2018.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 15. For a deeper account of von Wright's philosophy of the normative, see P. Di Lucia, *Deontica in von Wright*, Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 16.

A group of norms which are in some respects like rules and in other respects like prescriptions are customs<sup>18</sup>.

Von Wright thus proceeds in two ways to briefly characterize custom: first, by comparing it with its “sister-categories”,<sup>19</sup> such as *habits* (§ 2.1.), *laws of nature* (§ 2.2.), *prescriptions* (§ 2.3.), *rules* (§ 2.4.), and *moral norms* (§ 2.5.); secondly, by adding few remarks on custom and language (§ 2.6.).

### 2.1. Custom and habit

If a habit is “primarily a regularity in an individual’s behavior, a disposition or tendency to do similar things on similar occasions or in recurrent circumstances”, von Wright claims that “customs may be regarded as *social habits*” since “they are patterns of behavior for the members of a community”<sup>20</sup>. Under this light, von Wright tentatively single out custom as follow:

Customs have to do with the way people greet each other, eat, dress, get married, bury their dead, etc. Ceremony, fashion, and manner are sister-categories of custom. It is a custom of my country, but not of the Anglo-Saxon countries, to thank the hosts or the heads of a family when the meal is finished. This is regularly done<sup>21</sup>.

Moreover, von Wright adds that, as habits are acquired and not innate,<sup>22</sup> similarly customs “are acquired by the community in the course of its history and imposed on its members rather than acquired by them individually”<sup>23</sup>.

### 2.2. Custom and laws of nature

The explication of customs as social habits challenges the question whether customs are simple social *regularities*, or also normative *regulated* behaviors. In

---

<sup>18</sup> G.H. v. Wright, *Norm and Action*, cit., p. 8.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> The explication of habits as acquired rather than innate is highly debate. As examples of authors that adopt similar theses to von Wright, one could cite the German sociologists Ferdinand Tönnies and Max Weber. In fact, they consider habits [*Bräuche*] and conventions [*Konventionen*] as socially constructed regardless the feeling of automatism we experience while we perform a norm of customs. According to Tönnies, in fact, the essence of habits and customs lies on the actual practice and what now feel instinctive we had to learn it first. On this point, see V. Presi, *Custom in Action. Ferdinand Tönnies’ Ontology of the Normative*, in *Phenomenology and Mind*, 2013, Vol. 24, p. 199.

<sup>23</sup> G.H. v. Wright, *Norm and Action*, cit., p. 8.

order to unveil this point, von Wright questions: To what extent are customs different from *regularities of nature*?<sup>24</sup>

From one hand, von Wright says that “social anthropology is largely a *science des mœurs*” as “it is ‘*descriptive*’ in much the same sense in which natural science is descriptive”<sup>25</sup>.

However, on the other hand, von Wright points out a difference in principle between laws of nature and customs: laws of nature, unlike customs, are “‘*nomic*’ and exceptionless”<sup>26</sup>.

The difference lies in the *way* in which exceptions may occur. There is a sense in which the human individual can ‘break’ the rule of custom and in which the course of nature cannot ‘break’ its (causal or statistical) laws. We can characterize this difference between customs and laws of nature by saying that the former present a genuinely *normative* or *prescriptive* aspect which the latter lack<sup>27</sup>.

### 2.3. Custom and prescriptions

The feature of ‘*prescriptive aspect*’ of customs leads von Wright to a deep analysis of the relation between customs and prescriptions, wherein he emphasizes one similarity and two differences.

The similarity lies in the fact that customs *influence* behavior in a manner closely resembling the influence of prescriptions. In fact, he says:

Customs are ‘*norm-like*’ in the sense that they *influence* conduct; they exert a ‘*normative pressure*’ on the individual members of the community whose customs they are. The existence of this pressure is reflected in the various punitive measures whereby the community reacts to those of its members who do not conform to its customs<sup>28</sup>.

As evidence of this, von Wright underlines one existent social way of punishing the conduct of breaking of a custom, namely the *disapproval*<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> Von Wright attempts an analysis of regularities of nature in the section ‘*law*’ among *laws of the state*, *laws of nature* and *laws of logic* (and mathematics), see G.H. v. Wright, *Norm and Action*, cit, p. 1-3.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 8, emphasis added.

<sup>26</sup> *Ibidem*. A definition of the concept ‘*nomic*’ as a regularity without any deontic properties is given also in A. G. Conte, *Sociologia filosofica del diritto*, prefazione di Vincenzo Ferrari, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>29</sup> The topic of social punishment recurs within customs’ analysis. For instance, see R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, cit, p. 125; V. Presi, *Sittengesetz in Rudolf von Jhering*, cit., p. 66.

A member of the community who-either exceptionally or habitually-does not [follow the custom] is regarded with *disapproval*<sup>30</sup>.

Yet, the first crucial difference between customs and prescriptions consists in the fact that “customs are not *given* by any authority to subjects”<sup>31</sup>. Under this light, von Wright hypothesizes that customs may be *anonymous* prescriptions by saying that:

If we can speak of an authority behind the customs at all this authority would be the community itself, including both its past and present members. Customs could aptly be characterized as *anonymous* norms or prescriptions. But this characterization must not encourage any mysticism about the nature of the community as norm-giver<sup>32</sup>.

Additionally, the second crucial difference between customs and prescriptions consists in the fact that customs “do not require promulgation by means of symbolic marks”<sup>33</sup>. Under this light, von Wright hypothesizes that customs may be *implicit* prescriptions by saying that:

[customs] need not be 'written down' anywhere in so many words. On this ground they could also be called *implicit* prescriptions. It is an interesting problem whether, within an animal or other community without a language, customs which exert a normative pressure on the members are (logically) possible<sup>34</sup>.

#### 2.4. Custom and rules

Von Wright compares also customs with *rules* in strict sense<sup>35</sup>. In this regard, he stresses that “there are some respects in which customs are more like rules than like prescriptions”<sup>36</sup>.

Under which circumstances are customs more like rules than like prescriptions? In response, von Wright specifically indicates the circumstance in which customs play a role in *defining* the way in which people treat each-others. Notably, Von Wright uses the expression '*to live in accordance with*' customs rather

---

<sup>30</sup> G.H. v. Wright, *Norm and Action*, cit, p. 8, emphasis added.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> In the said chapter, von Wright offers a wide example of rules: e.g., rules of language, rules of grammar, rules of logic and mathematics. Nevertheless, he affirms: “as a prototype of rule we instance the rule of a game”, G.H. v. Wright, *Norm and Action*, cit., p. 15.

<sup>36</sup> G.H. v. Wright, *Norm and Action*, cit., p. 9.

than the well-known formulas 'to act in accordance with...' and 'to follow...'<sup>37</sup>. For clarity, consider the whole paragraph:

Customs determine, or as it were 'define', ways of living which are characteristic of a certain community. A member *who does not live in accordance with custom* is seldom sought out for punishment in the same way as he who breaks the laws. The awkwardness of his position is more like that of a child who stands aside and does not want to join in the games of his playmates. He becomes a 'stranger' to his community rather than an 'outlaw'<sup>38</sup>.

Similarly, von Wright adds that, since customs defines ways of living, "a 'foreigner' to the community may be excused for not knowing or not adopting the custom"<sup>39</sup>.

## 2.5. Custom and moral norms

Von Wright concludes his analysis of customs against other normative phenomena by comparing customs with another type of norms, namely moral norms. In particular, he questions: "Are moral norms to be classified with the *customs* of a society (community)?"<sup>40</sup>.

Even in this case, von Wright underlies one similarity and one difference between custom and moral norms.

Speaking of the similarity, von Wright quotes the common etymological origin by saying that "it is noteworthy that the word 'moral' derives from the Latin *mos*, which means custom"<sup>41</sup>. According to von Wright, the shared etymology would have caused the conviction in some moral philosophers to reduce "ethics to a branch of a general *science des mœurs*"<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> "Über *Sitte non est disputandum*" says K. Frerichs, *Sitte, Gesetz und Bedeutung. Eine semiotisch-logische Denkfigur bei Ferdinand Tönnies und Ludwig Wittgenstein*, in L. Clausen & K. Schlüter (eds.), *Hundert Jahre "Gemeinschaft und Gesellschaft". Ferdinand Tönnies in der internationalen Diskussion*, Leske-Budrich, Opladen, 1991, p. 273, as remarked by M. Basso, *Prefazione. L'abitudine come norma*, in F. Tönnies, *Il costume.*, Morcelliana, Brescia, 2019, p. 27. For an analysis on the possibility of saying 'to act in accordance with customs', see V. Presi, *Custom in Action*, cit, p. 198-199. The author of this paper is grateful to Bernt Österman for his remark that von Wright could have borrowed the idea of 'to live in accordance with customs' from his magister and friend's idea, namely the idea of 'form of life' (*Lebensform*) by Wittgenstein. It is worthy to be mentioned that the aforementioned philosopher Burton M. Leiser started his investigation regarding customs from Wittgenstein's idea of family resemblance to study the words of customs, in *Custom, Law and Morality*, cit.

<sup>38</sup> G.H. v. Wright, *Norm and Action*, cit, p. 9, emphases added.

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 8.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 12.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

Nevertheless, even though “*some moral ideas can be profitably viewed by the philosopher too against a background of the customs (traditions) or a community*”,<sup>43</sup> von Wright points out an important difference between customs and moral norms.

The difference consists in the origin of the coercive force of customs and moral norms: the coercive force behind moral norms seems to exceed the simple ‘normative pressure’ customs exert. In fact, von Wright says:

To try to explain the obligation to keep promises, for example, in terms of the ‘normative pressure’ of customs seems utterly out of place<sup>44</sup>.

This difference, as noted by von Wright, undermines the relevance of moral norms when evaluated exclusively through the framework of customs<sup>45</sup>.

## 2.6. Custom and language

But what does it mean that customs could be understood as *anonymous* prescriptions (§ 2.2.)?

Let us first consider the explication of von Wright of the establishment of prescriptions and the centrality of language during it.

In *Norm and Action*, we can find von Wright affirming that a prescription is being given “when *use of prescriptive language* leads to or results in the establishment of this *relationship* between a norm-authority and some norm-subject(s)”<sup>46</sup>.

Similar words could be found in *The Foundation of Norms and Normative Statements*,<sup>47</sup> where von Wright indicates the process of the establishment of norms as:

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*. Please note that, in this quotation, von Wright seems to single out promises in terms of moral norms. This position is not broadly shared, see P. Di Lucia, *L'universale della promessa*, Giuffrè, Milano, 1997.

<sup>45</sup> This article is not the place for a broad analysis of the relation between customs and morals. This topic is extensively addressed in the sociological and anthropological literature, under the perspective of ethics. For instance, see R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, cit; E. Westermarck, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, Volume I, Second Edition, Macmillan and Co., London, 1921; N. S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law*, Harvard university committee on research in the social sciences, Cambridge, 1939.

<sup>46</sup> G.H. v. Wright, *Norm and Action*, cit, p. 118. In this quotation emerges the subject of prescriptive language, typically compared to the descriptive one. For an explication on this comparison in von Wright's work, see von Wright, *The Foundation of Norms and Normative Statement*, in *Practical Reason*, Basil Blackwell, Oxford, 1983, p. 67-82.

<sup>47</sup> G.H. v. Wright, *The Foundation of Norms and Normative Statement*, cit.

Norms are given by some agent to a certain other agent or agents. I shall call the first agent norm-*authority* and the second norm-*subject(s)*<sup>48</sup>.

But what could be said about customs that are missing of a norm-authority other than the community it-self?

According to von Wright, customs are an exemption of the typical process of establishment of prescriptions: while prescriptions are *language-dependent* for the normative act of their promulgation, customs are *the least language-dependent*. Von Wright says:

Customs are not 'laid down' in the way rules (of a game) normally are; nor are they 'promulgated' as are laws and other prescriptions. Thus, in the origination of customs language plays no prominent or typical role. Of all the things which may reasonably become included under the heading 'norms', customs are probably *the least language-dependent*<sup>49</sup>.

Furthermore, von Wright questions whether language in customs plays any *necessary* role or not, by remarking that:

It is a question of some interest whether it should be regarded as essential to customs that they can exist only within communities with a language or whether one can speak of customs proper in animal communities too; i.e. the discussion of this question may contribute interestingly to the formation of the concept of a custom<sup>50</sup>.

### 2.7. Von Wright's analysis of 'custom' at key points

At this point of the article, we shall promote a brief collection of customs' characteristics recalled by von Wright.

Customs *are*:

- 1) regularities of behaviors within a community, like social habits;
- 2) socially punished by (at least) disapproval;
- 3) descriptive of regularities, like laws of nature;
- 4) capable of being broken, like prescriptions;
- 5) capable of influencing conducts, like prescriptions;
- 6) reinforced by the 'normative pressure' they exert;
- 7) capable of defining ways of living of a community, like rules;
- 8) language-independent when promulgated.

Customs *are not*:

- 1) simple regularities, unlike habits;

---

<sup>48</sup> *Ivi*, p. 68.

<sup>49</sup> G.H. v. Wright, *Norm and Action*, cit., p. 95.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

- 2) 'nomic' and exceptionless, unlike laws of nature;
- 3) given by any authority to subjects, unlike prescriptions;
- 4) written down by means of any symbolic marks, unlike prescriptions;
- 5) applied to the foreigners of the community, like rules;
- 6) set by a norm-authority other than community it-self;
- 7) comprehensive of all moral norms.

### 3. Three meanings of 'custom' in Celano's analysis

After having discussed the explication of customs in von Wright's analytical philosophy of the normative, let us proceed to the second author considered in this paper.

Among the topics studied by the Italian philosopher of law Bruno Celano, recurrent interest in customs stands out. It is worth taking an overall look at his work on customs, as we can discern three distinct approaches aimed at uncovering the nature of this normative phenomenon. The presence of these three different approaches is justified by Celano's theoretical assertion that the term 'custom' encompasses (at least) three different – neither mutually exclusive nor necessarily related – normative phenomena: *normative behaviors* (§ 3.1.), *legal customs* (§ 3.2.) and *pre-conventions* (§ 3.3.).

Celano's theoretical assertion regarding the (at least) three meanings of the term 'custom' is, in turn, supported by a preceding analysis Celano conducted on the term 'custom' itself and its ambiguity.

Indeed, Celano acknowledges an “ongoing ambiguity in the use of the term”<sup>51</sup> and questions the causes of this ambiguity.

In response, Celano asserts that the ambiguity of the meanings of this term could be read as a reflex of the ambiguity of the uses of this term. In fact, he says that:

custom [*consuetudine*] is a not a univocal term, referring to a multiplicity of different and in many respects heterogeneous situations<sup>52</sup>.

Moreover, according to Celano, the phenomena encompassed by the term 'custom' are situated within “a family of concepts”, such as “social norms, ways of behaving”<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> B. Celano, *Pre-conventions*, in *Revus*, 2016, Vol. 30, p. 10.

<sup>52</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne Editrice, Roma, 2010, p. 175, mine trans. Consider the original Italian: “‘consuetudine’ è un termine plurivoco, riferibile ad una molteplicità di situazioni diverse, e sotto molti aspetti eterogenee”.

<sup>53</sup> B. Celano, *Pre-conventions*, cit., p. 16.

In other words, Celano argues that it is crucial to consider the different meanings of 'custom'. Only through such a comprehensive analysis can one aspire to clarify the different phenomena covered by the term 'custom'<sup>54</sup>.

### 3.1. 'Custom' in terms of *normative behavior*

Celano mostly attempts the nature of the phenomenon of 'custom' [*consuetudine*]<sup>55</sup> as *behavior*, as follow:

A custom is a recurrent behavior (a regularity of conduct) by the generality of the members of a given social group, which each of them adopts (to which each of them conforms) because this is how it is done 'as a rule', or normally<sup>56</sup>.

Nevertheless, the nature of *regular* behavior does not imply that custom [*consuetudine*] is just a regularity: on the contrary, according to Celano, customary behavior is *normative* since it represents a rule to which individuals will orient their behaviors by imitating other behaviors, and it represents a rule to the conformity of which individuals assign normative expectations<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> In this regard, consult also the original Italian version of the paper, namely B. Celano, *Pre-convenzioni: un frammento dello Sfondo*, in *Ragion pratica*, 2014, Vol. 2, p. 613.

<sup>55</sup> As remarked in the introduction (§ 1.), it is important to recognize that Italian, as well as German, has specific terms to differentiate between the phenomena of '*costume*' (*Sitte*) and of '*consuetudine*' (*Gewohnheit*), whereas English typically uses the term '*custom*' for both cases. This lack of equivalence often leads to translation ambiguities, making it unclear to which of the two phenomena the work in question is referring.

<sup>56</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit. p. 187, mine trans. Consider the original Italian: "Una consuetudine è un comportamento ripetuto (una regolarità di condotta) da parte della generalità degli appartenenti a un gruppo sociale dato, che ciascuno di costoro tiene (cui ciascuno di costoro si uniforma) perché così si fa 'di norma', o normalmente".

<sup>57</sup> In revisiting Celano's theory of customs in terms of normative behavior, the Italian philosopher of law Pierluigi Chiassoni underlines the difference of acting in accordance with customs for conformity [*conformità*] or for an expectation of *reciprocity* [*aspettativa di reciprocità*]. According to Chiassoni, the latter case is theorized by Celano within the 'strategic interaction' perspective. See P. Chiassoni, *Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi (Giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)*, in S. Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, 2008, p. 95-105. Similarly to Celano, the Italian philosopher of law Giorgio Lazzaro studied customs in terms of expectations of *reciprocity* [*aspettative di reciprocità*], see G. Lazzaro, *Reciprocità e consuetudine*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di comunità, Milano, 1983.

Each of the group members, in short, does A because they believe they have to do A, and they conclude they have to do A because they believe that, for each of the group members, exactly these same conditions apply<sup>58</sup>.

In this regard, Celano indicates that the basis for imitation of custom [*consuetudine*] lies in the belief that one must adhere to the actions of others, both past and present. When articulated, this belief manifests as 'I have to act as others do because it has always been done as such' and it becomes a reason for acting in accordance with custom [*consuetudine*]<sup>59</sup>.

As an explanation of the prescriptiveness of the linguistic formulation 'I have to act as others do because it has always been done as such', Celano imagines a conversation within two individuals (that we will call as 'A' and 'B').

A: "Why do you think you have to act as such in this circumstance?"

B: "Because it is customary, and it has always been done as such in the past".

A: "Well, but why the fact that it is customary and that it has always been done as such in the past is for you a reason to conclude that you have to act as such in this circumstance?"

---

<sup>58</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit., p. 196, mine trans. Consider the original Italian: "Ciascuno dei membri del gruppo, insomma, fa A perché ritiene di dover fare A, e conclude di dover fare A perché ritiene che, di ciascuno dei membri del gruppo, valgono esattamente queste stesse condizioni".

<sup>59</sup> Within the Italian analytical philosophy of law's tradition, previously to Celano's contribution, we can also find the Italian legal philosopher Norberto Bobbio who proposed his-own formula for articulating the normative authority of the past recurrence of behaviors in the context of customs. In fact, we can read "I act like this because countless others belonging to the sphere of my same social organization have acted in this way before me [*Io agisco così perché infiniti altri appartenenti alla sfera della mia stessa organizzazione sociale hanno agito in questo modo prima di me*]", N. Bobbio, *La consuetudine come un fatto normativo*, Giappichelli, Torino, 2010 (Original work: 1942), p. 32. For a recent review on Bobbio's text and theory of 'consuetudine come fatto normativo', see P. Di Lucia, *Il mistero della consuetudine. Rileggendo Bobbio filosofo della normatività*, in G. Bombelli & P. Heritier (eds.), *I volti molteplici della consuetudine. Volume 1. Origini*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine, 2022, p. 19-57. Nevertheless, we can find a slight – yet important – difference between Celano and Bobbio's theses. In fact, while Celano draws the attention to the concept of the past, Bobbio writes about the *tradition*, in terms of a "fact that unfolds over time [*la tradizione è un fatto che si svolge nel tempo*]", N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 31. Therefore, according to Bobbio, "customary norm is established by the authority of tradition [*la norma consuetudinaria ha dietro di sé l'autorità della tradizione*]", N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 32. Bobbio elaborates this thesis in the context of distinguishing the authority of tradition behind customary norms from the voluntary act of lawmakers behind the statutory laws.

B: "Because, generally, we have to act as it is customary and as it has always been done"<sup>60</sup>.

### 3.2. 'Custom' in terms of *convention*

Celano singles out a second explication of customs, which is similar to the first one (custom as *normative behavior*), but still, this second explication presents an important difference.

In fact, Celano recognizes that custom in terms of *normative behavior* could explain two different circumstances based on the source of the normativity of that behavior:

- 1) when the source is the social expectation of acting in conformity with the social group's customary behavior, customs are *normative behaviors* in terms of 'strategic interaction' among the members of the same social group<sup>61</sup>;
- 2) when the source is the *opinion iuris* given by the jurisprudence, customs are *normative behaviors* in terms of legal customs<sup>62</sup>.

Let us consider the second circumstance, given that we have already attempted to the first circumstance in the previous paragraph (§ 3.1.).

Celano often analyzes legal customs, for instance in relation to established legal practices in international law and constitutional law<sup>63</sup>.

Furthermore, Celano studies legal customs under the light of a classical challenging question against the background of the theory of law, namely customs in terms of source of law<sup>64</sup>.

It is noteworthy that, before delving into an analysis of technical-legal custom, Celano issues a warning:

---

<sup>60</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit., p. 190, mine trans. Consider the original Italian: "Perché ritieni di dover fare questa azione in questa circostanza?" "Perché così si fa normalmente, e si è sempre fatto in passato". "Ma perché il fatto che si fa normalmente e si è sempre fatto è per te una ragione per concludere di dover fare questa azione in questa circostanza?" "Perché, in generale, si deve fare ciò che si fa normalmente, e che si è sempre fatto in passato".

<sup>61</sup> For a deeper analysis on this point, see B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit, p. 194.

<sup>62</sup> The subject of *opinio iuris* is widely and controversially debated in the literature of customary law. Celano goes into details about it in B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit, p. 180.

<sup>63</sup> For instance, see B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit., p. 220-226. For the purpose of this article, we will provisionally set aside this perspective.

<sup>64</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit., p. 233-280. A fundamental Italian classic on this subject is the aforementioned N. Bobbio, *La consuetudine come un fatto normativo*, cit. See the recent volume regarding different features of the phenomenon of custom in the context of legal theory and philosophy of law, namely G. Bombelli & P. Heritier, *I volti molteplici della consuetudine. Volume 1. Origini*, 2022.

The conceptions of custom developed within theoretical-legal frameworks are often flawed either by neglecting to consider custom as a social phenomenon (by ignoring the issue of what constitutes, as such, a custom, or by adopting reductionist and overly simplistic views of custom as a social phenomenon), or by confusing the problem of analyzing custom in general with the issue of the legal foundation of custom<sup>65</sup>.

Therefore, when approaching technical-legal custom, Celano remains interested in understanding its nature in dialogue with the first explication of custom, namely as *normative behavior* of strategic interaction.

For instance, according to Celano, the case of what are typically known as 'constitutional customs', against the background of constitutional law, could be understood and explained throughout the understanding of customs as *normative behaviors*. Consider Celano's words:

Constitutional customs [*convenzioni costituzionali*] are often practices, uses, patterns of conduct that everyone expects everyone else to expect – and so on – compliance [*osservanza*] with, based on the observation of past compliance (and the fact that it is known to all parties involved, it is known to all that it is known to all, etc.)<sup>66</sup>.

### 3.3. 'Custom' in terms of *pre-convention*

Aligned with his expertise on analytical philosophy and social ontology, in *Pre-conventions. A fragment of the Background*<sup>67</sup>, Celano addresses a third explication of the nature of customs in terms of those kinds of conventions that are

---

<sup>65</sup> *Ivi*, p. 179, mine trans. Consider the original Italian: "le concezioni della consuetudine elaborate in ambito teorico-giuridico sono spesso viziate o dalla mancata considerazione della consuetudine come fenomeno sociale (dal disconoscimento del problema di che cosa sia, come tale, una consuetudine, o da concezioni riduzionistiche, inevitabilmente semplificatrici, della consuetudine come fenomeno sociale, o ancora dalla confusione fra il problema di un'analisi della consuetudine in generale ed il problema del fondamento di giuridicità della consuetudine".

<sup>66</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit, p. 218, mine trans. Consider the original Italian: "Le convenzioni costituzionali sono spesso pratiche, usi, regolarità di condotta di cui tutti si aspettano che tutti si aspettino – e così via – l'osservanza, sulla base della constatazione dell'osservanza passata (e del fatto che essa è nota a tutti i soggetti coinvolti, è noto a tutti che sia nota a tutti, ecc.)."

<sup>67</sup> B. Celano, *Pre-conventions*, cit. Celano's contribution regarding the concept of 'pre-conventions' is the focus of the article of Ana Esher, published in this volume of *Milan Law Review*, namely *Normativity Naturalized? Some Thoughts on Bruno Celano's Pre-Conventions*. Regarding the international debate grown after the publication of *Pre-conventions* by Celano, see also M, Žgur, *Pre-conventions: towards a psychological jurisprudence? A discussion with Bruno Celano*, in *REVUS*, 2016, Vol. 30, p. 7-8; P. Chiassoni, *Do jurists need pre-conventions?*, in *REVUS*, 2017, Vol. 33, p. 36-43; S. Figueroa Rubio, *How can we explain pre-conventions?*, in *REVUS*, 2017, Vol. 33, p. 45-51.

“consolidated by tradition”<sup>68</sup>, ‘tacit’, ‘automatic’, almost like a ‘second nature’<sup>69</sup>. In this light, these kinds of conventions might be outlined as *pre-conventions* in terms of:

Regular convergent behavior that, while not a biological regularity (e.g. breathing), is spontaneous, unreflective, fast, fluid, effortless<sup>70</sup>.

To what extent can we distinguish a *pre-convention* from a *convention*?

As we saw in (§ 3.2.), the topic of ‘convention’ is central in the works of Celano. In fact, Celano analyzes conventions from the perspectives of the well-known David Lewis<sup>71</sup> and, against the studies of ‘strategic interaction’, Celano contents that a convention is a

regularity of behavior held by a set of mutually expectations of conduct (of increasing level), and conditional preferences for conformity, mutually known, such that, once established, the aforementioned regularity perpetuates itself<sup>72</sup>.

Thus, in *Pre-convention*,<sup>73</sup> Celano asserts that the primary distinction between conventions and pre-conventions is that conventions are typically framed in explicit agreements, whereas pre-conventions are framed in tacit agreements.

Yet, according to Celano, pre-conventions are *not* sets of *rules*, nor simple *regularities*.

Human life is full of things like that: a certain way of walking, of sitting ... these things are not sets of rules. We can certainly, in many such cases, identify or conjecture relevant rules – rules that maybe we cannot formulate. But *the correct stroke* in crawl (not, of course, *a* stroke, a token, but the type), the way of walking

---

<sup>68</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit, p. 10.

<sup>69</sup> It is well-known that Blaise Pascal explained custom in terms of ‘second nature’. To date, this concept has been questioned by, among the others, the aforementioned German sociologist Ferdinand Tönnies. Tönnies affirms that custom, if understood in terms of action, cannot be conceived as innate, even though, similarly to spontaneous natural phenomena, we often have an experience of customs as automatic actions. The argument of Tönnies is that what it is customary for us, we had to learn it first, see F. Tönnies, *Custom. An essay on social codes*, Free Press of Glencoe, New York, 1961, p. 31-32. For a comment on this point, see V. Presi, *Custom in Action*, cit, p. 199.

<sup>70</sup> B. Celano, *Pre-conventions*, cit, p. 11.

<sup>71</sup> D. Lewis, *Convention. A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford, 1969.

<sup>72</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit, p. 326, mine trans. Consider the original Italian: “una regolarità di comportamento sostenuta da un insieme di aspettative reciproche di condotta (di livello crescente), e di preferenze condizionali di conformità, reciprocamente note, tale da far sì che, una volta instauratasi, la regolarità in questione si perpetui da sé”.

<sup>73</sup> B. Celano, *Pre-convention*, cit, 11.

we call 'marching' etc., are not, in themselves, sets of rules. Nor are they, on the other hand, *de facto* regularities. Granted, when one or more individuals swim the crawl, or march, their behaviors are, under some respect, regular. But *the correct stroke* of front crawl, or the way of walking we call 'marching', are precisely the respect under which their behaviors are regular, and what *guides* these behaviors<sup>74</sup>.

Therefore, Celano questions the nature of these *pre-conventions* that are in some respect '*embedded*' regularities in the manner of a 'second nature', and in others respect '*normative facts*' as they guide us to "what is the *correct*, the right or proper way to proceed"<sup>75</sup>.

In response, Celano claims that the nature of these *pre-conventions* – such as social norms, customs, and ways of behaving – is explicable in terms of embedded disposition (*habitus*)<sup>76</sup> that we have in 'background'<sup>77</sup>.

[one has] a *disposition* to choose in a certain way. But this is not a disposition of the same kind as, e.g., the disposition to close one's eyes in the presence of a strong light source, or a conditioned reflex. It is a disposition to choose in the *right* way [...]. Therefore, it is a *normative* disposition<sup>78</sup>.

Contrary to traditional literature which recognizes fashion as an example of one custom with coercive force,<sup>79</sup> Celano cites the examples of 'style' and of '(good) taste', affirming that "style and (good) taste are notoriously not sets of rules" because (at least) of two reasons.

First, "purported codifications of style or taste in handbooks or manuals ('The Art of ...') have something hopelessly contrived and cloying" given that "the

---

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 12.

<sup>76</sup> The concept of *habitus* as disposition is well-known within the Greek philosophy. Recently, it has been developed by P. Bourdieu, *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977.

<sup>77</sup> Celano recalls the concept of 'background' developed by the American scholar on social ontology John R. Searle, who writes: "As the skier gets better, he does not internalize the rules better, but rather the rules become progressively irrelevant. The rules do not become 'wired in' as unconscious Intentional contents, but the repeated experiences create physical capacities, presumably realized as neural pathways, that make the rules simply irrelevant. 'Practice makes perfect' not because practice results in a perfect memorization of the rules, but because repeated practice enables the body to take over and the rules to recede into the Background", see J. R. Searle, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, p. 150-151.

<sup>78</sup> B. Celano, *Pre-conventions*, cit, p. 14.

<sup>79</sup> For instance, among the traditional literature, we could mention R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, cit, who claimed that fashion (*Mode*) is one coercive phenomenon regulated by custom (*Sitte*).

very idea of a codification (of style, or taste) betrays a misunderstanding [...], a certain lack of style, shows bad taste"<sup>80</sup>.

Secondly, "someone who has style, or has good taste, does not choose this or that by applying rules but spontaneously" since "style and taste, in themselves, are precisely what exceeds the mere application of rules – or, if you will, they are the right way of applying them"<sup>81</sup>.

#### 4. Concluding remarks

As we highlighted (§ 2.), Von Wright attempts to situate custom – in terms of *norm-like* phenomenon – in his map of the normative. As a result, von Wright describes various features of the same 'custom' phenomenon compared to other normative phenomena (§ 2.7.). In contrast, from a different perspective and, consequently, using a different methodology, Celano primarily addresses 'custom' as a form of *normative behavior* (§ 3.1.), which serves as the common basis for other phenomena originating from it, namely *convention* (§ 3.2.), and *pre-convention* (§ 3.3.).

Further research on the nature of custom undoubtedly benefits from comparing von Wright's and Celano's different answers to the issue of whether 'custom' denotes one specific phenomenon or various phenomena.

Beyond the points already stressed, this paper highlights one final intersection where these two theories complement each other. In fact, among the advantages of Celano's analysis on customs in terms of a normative behaviors, Celano stresses the *authority of the past* as a coercive source of reasons of acting in conformity with customs<sup>82</sup>. As mentioned (§ 3.1.), Celano underscores the

---

<sup>80</sup> B. Celano, *Pre-conventions*, cit, p. 13.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> The concept of the authority of the past has been studied both in anthropological studies (such as L. Assier Andrieur, *L'autorité du passé: essai anthropologique sur la Common law*, 2011), and in sociological studies. Speaking about the latter, the aforementioned Ferdinand Tönnies quotes few common expressions throughout we can stress the authority of the past in common knowledge, such as: „wir müssen und wollen ebenso handeln, wie' unsere Vorfahren gehandelt haben, nach ihren Beispielen und Vorbilde müssen und wollen wir uns richten.“ [...] „denn die Alten wußten, wie es richtig sei, ihre Weisheit ist der unseren überlegen“ und „wie sie getan haben, so ist es bewährt oder erprobt, eben als das Altherkömmliche, als die Weise, die sich in der Überlieferung erhalten hat“. [...] „Es ist eine uralte Sitte“, „es ist von jeher so gewesen“, „seit Menschengedenken“. see F. Tönnies, *Die Sitte*, Rütten & Loening, Frankfurt, 1909, p. 17-18. In the English translation: “we must and we want to act as our forefathers have acted; we must and we want to follow their example and their precedents” [...] “since our elders knew what is right, their wisdom is greater than ours” and “the way they have done things has been tried out and proven as immemorial usage, as the way in which tradition has maintained itself.” [...] “It is a very ancient custom,” “it has been so forever,” “since time immemorial . . .” see F. Tönnies, *Custom*, cit, p. 43-44.

significance of the formula 'I have to act as others do because it has always been done as such'.

The recognition of the authority of the past, evident in the aforementioned Celano's formula, can be seen as an original element in dialogue with von Wright's perspective. By doing so, in fact, Celano complements von Wright's explication of customs by drawing the attention to an analysis of the role of the past. This addition broadens the perspective beyond von Wright's hypothesis, which uniquely frames the community as holding normative authority regarding customs (§2.3.).

## Bibliography

L. Assier Andrieu, *L'autorité du passé : essai anthropologique sur la Common law*, Dalloz, Paris, 2011

M. Basso, *Prefazione. L'abitudine come norma*, in Ferdinand Tönnies, *Il costume*. Morcelliana, Brescia, 2019

N. Bobbio, *La consuetudine come un fatto normativo*, Giappichelli, Torino, 2010 (Original work: 1942)

G. Bombelli & P. Heritier (eds.), *I volti molteplici della consuetudine. Volume 1. Origini*, Mimesis, Milano, 2022

P. Bourdieu, *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977

B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994

B. Celano, *Consuetudini, convenzioni*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 35-87

B. Celano, *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 185-214

B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne Editrice, Roma, 2010

B. Celano, *Law as Power. Two Rule of Law Requirement*, in W. Waluchow & S. Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundation of the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 129-151

- B. Celano, [Pre-convenzioni: un frammento dello Sfondo](#), in *Ragion pratica*, 2014, Vol. 2, p. 605-629
- B. Celano, [Consuetudine: un'analisi concettuale](#), in *Diritto e questioni pubbliche*, 2014, Vol. 14, p. 597-667
- B. Celano, [Pre-conventions](#), in *REVUS*, 2016, Vol. 30, p. 9-32
- B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, stato di diritto, codificazione, positivismo giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018
- P. Chiassoni, *Do jurists need pre-conventions?*, in *REVUS*, 2017, Vol. 33, p. 36-43
- P. Chiassoni, *Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi (Giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)*, in S. Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, 2008
- A.G. Conte, *Sociologia filosofica del diritto*, prefazione di Vincenzo Ferrari, G. Giappichelli, Torino, 2011
- P. Di Lucia, *Deontica in von Wright*, Giuffrè, Milano, 1992
- P. Di Lucia, *L'universale della promessa*, Giuffrè, Milano, 1997
- P. Di Lucia, *Il mistero della consuetudine. Rileggendo Bobbio filosofo della normatività*, in G. Bombelli & P. Heritier (eds.), *I volti molteplici della consuetudine. Volume 1. Origini*, Mimesis, Milano-Udine, 2022, p. 19-57
- P. Di Lucia & L. Passerini Glazel, *Norm and Action. A cento anni dalla nascita di Georg Henrik von Wright (1916-2003). Presentazione. Georg Henrik von Wright, dalla logica deontica alla filosofia del normativo*, in *Notizie di POLITEIA*, 2018, Vol. XXXIV (130), p. 56-59
- S. Figueroa Rubio, *How can we explain pre-conventions?*, in *REVUS*, 2017, Vol. 33, p. 45-51
- K. Frerichs, *Sitte, Gesetz und Bedeutung. Eine semiotisch-logische Denkfigur bei Ferdinand Tönnies und Ludwig Wittgenstein*, in L. Clausen & K. Schlüter (eds.), *Hundert Jahre "Gemeinschaft und Gesellschaft". Ferdinand Tönnies in der internationalen Diskussion*, Leske-Budrich, Opladen, 1991, p. 267-285
- G. Lazzaro, *Reciprocità e consuetudine*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di comunità, Milano, 1983

- B.M. Leiser, *Custom, Law, and Morality. Conflict and Continuity in Social Behavior*, Anchor Books Doubleday & Company, Inc. Garden City, New York, 1969
- D. Lewis, *Convention. A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford, 1969
- H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1953
- R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht. Zweiter Band. Zweite umgearbeitete Auflage*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1883, 2<sup>a</sup>1886. Traduzione italiana dell'edizione 2<sup>a</sup>1886 a cura di M.G. Losano, *Lo scopo nel diritto, vol. II.*, Nino Aragno Editore, Torino, 2021
- V. Presi, [Sittengesetz in Rudolf von Jhering: la teoria del costume tra sociologia del diritto e ontologia sociale](#), in *Sociologia del diritto*, 2023, Vol. 50, n. 1, p. 61-87
- V. Presi, [Custom in Action. Ferdinand Tönnies' Ontology of the Normative](#), in *Phenomenology and Mind*, 2023, Vol. 24, p. 192-203
- R. Robinson, *Definition*, Clarendon Press, Oxford, 1954
- U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Casa Editrice Nuvoletti, Milano, 1955
- U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle Scienze, Torino, 1959. Nuova edizione a cura di A. Pintore, Giuffrè, Milano, 1985
- J.R. Searle, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*. Cambridge University Press, Cambridge, 1983
- N.S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law*, Harvard university committee on research in the social sciences, Cambridge, 1939
- F. Tönnies, *Die Sitte*, Rütten & Loening, Frankfurt, 1909; English Edition, *Custom. An essay on social codes*, Free Press of Glencoe, New York, 1961; Italian Edition, *Il costume*, Morcelliana, Brescia, 2019
- M.E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Giappichelli Editore, Torino, 1967
- A. Vicente & I.L. Falkum, [Polysemy](#), in *Oxford Research Encyclopedia of Linguistics*, Oxford University Press, July 27, 2017. Date of access 6 Feb. 2024
- E. Westermarck, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, Volume I, Second Edition, Macmillan and Co., London, 1921
- G.H. v. Wright, *Norm and action. A logical inquiry*, Routledge & Kegan Paul, London; The Humanities Press, New York, 1963

G.H. v. Wright, *The Foundation of Norms and Normative Statement*, in *Practical Reason*, Basil Blackwell, Oxford, 1983, p. 67-82

M. Žgur, *Pre-conventions: towards a psychological jurisprudence? A discussion with Bruno Celano*, in *REVUS*, 2016, Vol. 30, p. 7-8



# Normativity Naturalized? Some Thoughts on Bruno Celanos Pre- Conventions

ANA ESCHER

Ph.D. in Philosophy of Law, LTG (Lisbon Legal Theory Group), CIDPCC

University of Lisbon, Lisbon, Portugal

[anaescher@campus.ul.pt](mailto:anaescher@campus.ul.pt)

---

## ABSTRACT

---

Bruno Celanos thought-provoking 2016 paper on *Pre Conventions, A fragment of the Background* prompted intense discussion. Unsurprisingly so given the perplexity as to the existence of entities which dwell both in the normative and the factual realms. Ever since Hume and Moore we have grown zealous about this divide. My aim here, however, is neither an in-debt discussion of Humes Law nor a detailed critical analysis of Celanos Pre Conventions. Rather, I want to point out that the underlying structure of Celanos Pre Conventions closely resembles theoretical constructs offered by linguistic philosophers (and interestingly so, of the externalist branch) in their meaning formation explanations. I am thinking in particular of Millikans construct of natural conventions, reproduction and precedent. Following this thread, the question of the normativity of Celanos embodied facts seems to mirror the disjunction problem in informational theories



DOI: 10.54103/milanlawreview/24208

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

of meaning (Fodor) and the general question of normativity of meaning (correctness conditions of terms implying meaning normativity).

What I have in mind here is, then, to assess the validity and reach of Celanos claim not about the existence of entities of this type, but about their inherent normative nature.

**Keywords:** pre-conventions; natural conventions; normativity; correct use teleosemantics.

---

This paper has been subjected to double-blind peer review

# Normativity Naturalized?

## Some Thoughts on Bruno Celanos Pre-Conventions

SUMMARY: 1. Introduction – 2. What Celano has to say about it – 3. Pre Conventions, Natural Conventions and Theories of Meaning – 4. Normativity Naturalized?

### 1. Introduction

Bruno Celanos thought-provoking 2016 paper on *Pre Conventions, A fragment of the Background* prompted intense discussion<sup>1</sup>. Unsurprisingly so given the natural (dangerous word in this context) perplexity as to the existence of entities which dwell both in the normative and the factual realms.

Ever since Hume and Moore we have grown zealous about this divide. Whether or not the actual guillotine and fallacy are as severe cut as they are generally used is, in itself, another topic for (intense) discussion.

My aim here, however, is neither an in-debt discussion of Humes Law nor a detailed critical analysis of Celanos Pre Conventions (which, as I said, has been done and by much wiser authors than myself). Rather, I want to point out that the underlying structure of Celanos Pre Conventions closely resembles theoretical constructs offered by linguistic philosophers (and interestingly so, of the externalist branch) in their meaning formation explanations. I am thinking in particular of Millikans construct of natural conventions, reproduction and precedent<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Among others, see J.J. Moreso, *Celano: ontological commitment and normative bite*, in *Revus*, 2016, Vol. 30, p. 77-80; B. Celano, *Exploring the Background, Puzzles, Afterthoughts and Replies*, in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 53-82; P. Chiassoni, *Do jurists need pre-conventions?* in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 37-43; L.D. D'Almeida, *On pre-conventions as 'normative facts'*, in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 9-13; R.E. Sánchez Brigido, *Celano on normative facts*, in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 15-28; M. Segatti, *What laws are experienced as*, in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 29-36.

<sup>2</sup> See R.G. Millikan, *Language, Thought and Other Biological Categories New Foundations for Realism*, MA: MIT Press, Cambridge, 1984; R.G. Millikan, *Language Conventions Made Simple*, in *The Journal of Philosophy*, April. 1998, Vol. 95, n. 4, p. 161-180; R.G. Millikan, *Naturalizing Intentionality*, in *The Proceedings of the Twentieth World Congress of Philosophy*, 2000, Vol. 9, p. 83-90; R.G. Millikan, *Language: A Biological Model*, Oxford University Press, online, 2005; R.G. Millikan, *Varieties of Meaning. The 2002 Jean Nicod Lectures*, MIT Press, Cambridge, 2006.

Following this thread, the question of the normativity of Celano's embodied facts mirrors the disjunction problem in informational theories of meaning (Fodor) and the general question of normativity of meaning (correctness conditions of terms implying meaning normativity)<sup>3</sup>.

What I have in mind here is to assess the validity and reach of Celano's claim not about the existence of entities like these, but about their inherent normative nature (I consider their factual nature a given).

Celano makes three essential claims in his paper: a first claim about the existence of entities like the ones he describes (embodied conventions); a second (negative) claim about the nature of these entities, they are neither facts (de facto regularities) nor norms; and a third (positive) claim about nature of these entities, they are both de facto regularities and norms, i.e. embodied norms or normative facts<sup>4</sup>.

The first is a metaphysical claim which I do not wish to contest. I do want to point out the similarities pre conventions share with other meaning formation explanatory constructs – section 3 of this paper.

The second and third claims read together state the dual nature of these entities (they are both de facto regularities and norms).

I do not wish to contest the de facto regularity nature of these entities which as I said, I do take to exist. What I wish to understand in this short paper is what makes them also inherently normative (and what arguments Celano gives us for this conclusion).

As D'Almeida said, the claim about the dual nature is philosophically speaking, the rabbit coming out of the hat (to be fair, D'Almeida didn't say that but only that this claim is philosophically interesting)<sup>5</sup>. As I read it the most intriguing aspect of Celano's contract is the inherent normativity of these embodied de facto regularities. What exactly makes them normative<sup>6</sup>? This is the central question of this paper and will be tackled in the fourth and last section.

## 2. What Celano has to say about it

Celano opens his essay by claiming that 'pre conventions' are neither de facto regularities nor rules (norms) but both. They are normative facts<sup>7</sup>.

These entities go easily unnoticed for they are, so to speak, 'on the edge of our visual field'.

---

<sup>3</sup> J. Fodor, *A Theory of Content and Other Essays*, MIT Press, Cambridge, 1990.

<sup>4</sup> L.D. D'Almeida, *On pre-conventions as 'normative facts'*, cit.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> I am only asking this question with regard to Celano's construction (and not the ultimate metaphysical question of where normativity comes from). I am grateful to Cristina Redondo for this precision.

<sup>7</sup> Loose summary from B. Celano, *Pre Conventions, A fragment of the Background*, in *Revus*, 2016, Vol. 30, p. 9-32.

The author then proceeds to a close analysis of the term 'convention' by identifying its semantic field as being divided into two first areas: agreement, read as a generic coming together; and arbitrariness (in the sense that the convention might have been different) and into two further areas: agreement (pursuit of each parties' own goals) and a shared manner of doing things.

Celano explores the possibility of conventions that are not explained by a train of reasoning by the identification of two axes in this explanatory redefinition of the term 'convention': rationalizable versus non rationalizable and tacit versus explicit. From here he identifies four different notions of 'convention': i) conventions that are explicit agreements backed by a train of reasoning (a la Hume and a la Lewis); ii) conventions where explicit agreement is absent (tacit conventions) backed by a train of reasoning; iii) explicit agreements that are not backed by a train of reasoning and finally iv) tacit conventions that are not backed by train of reasoning.

This last notion is the one that interests Celano and what prompts his construction of pre conventions. This convergent behavior which, he says, is not a biological regularity, a result of learning, but is also automatic - spontaneous, rapid, fluid and effortless. These are conventions that are part of the body.

There is however, one difficulty emerging from the automatic nature of these conventions - it seems, says Celano, that almost anything that can be learned can become automatic and second nature. This consideration leads to the need of distinguishing between two possible senses of the adjective 'tacit' (tacit beliefs proper like 'I live on the 4<sup>th</sup> floor' and entities only improperly called beliefs 'I am not an earthworm') which, mirrored in a Lewis type convention, distinguish between such a convention being tacit when it comes into existence and tacit when it becomes second nature.

Examples of these types of conventions are learning a sporting skill (such as front crawl in swimming, learning to ride a bike, having style but also considerations on Bourdieus concept of habitus and Foucaults concept of disciplinary power).

Take the correct swimming stroke in front crawl, says Celano - there are rules identifiable, but the correct stroke is not, in itself, a set of rules. Nor are they de facto regularities, sure these behaviors are regular in some sense, but the one correct stroke is the guide of these behaviors, it is in respect to this correct stroke that they are regular. In this sense, they are abstract entities in the body, tacit bodily schemes, intermediate between an image and rule, embodied diagrams to establish what is correct. There is, or so the author argues, a conventional component in these diagrams (it is this component which makes them both natural and cultural). This reality is exemplified throughout the paper by Celano with Searles phrase 'the body takes over'.

After setting this scene, Celano presents his three main arguments for the existence of such hybrids between fact and norm entities.

The first argument is entitled ‘induction, salience and projection’. Here, he takes a Lewis Convention and identifies its intrinsic problem: the conditions for the identification, by the members of a social group (G), of a certain action (A) as type of behavior (how can one say that xA is an instance of A?), and a certain situation (S) as the same situation that recurs (how can one say that xS is an instance of S?)<sup>8</sup>. What makes members of a given social group recognize certain facts as instances of a regularity, what identifies a set of cases as precedent? Lewis answer here is that ‘guided by whatever analogy we notice we tend to follow precedent’. This leads Celano to his answer: we notice the same analogies (these and not others) and it is this fact which fixes the identity of the regularity and enables us to follow precedents<sup>9</sup>. It is this fact which establishes the very identity of a regularity determining the correct way to act and thus, is not in itself a mere regularity but also a normative fact:

This fact – the fortunate fact that, for the most part (there is no guarantee for this to happen, and there is no conceptual necessity involved), certain analogies and not others appear obvious to us – is not therefore a mere regularity, it is also what fixes the identity of R, disambiguating past cases, and thus determining what is the correct way to behave. It is, in short, a normative fact<sup>10</sup>.

This general mechanism of inductive reference is behind the Lewisian determination of the identity conditions of a conventional regularity of conduct: certain predicates appear salient to us and hence we can legitimately project them (salience)<sup>11</sup>.

The second argument is derived from Wittgensteins considerations about rule following. Here Wittgenstein is concerned (or so argues Celano) with the identity conditions of a concept. The concept is a rule and poses the problem of its correct application (under which conditions can a set of facts thought to be the correct application of the concept, i.e. fall under the rule?)<sup>12</sup>.

And Wittgenstein’s answer is: a finite set of cases, which we were shown during our training in the use of that concept and the practice which, living together, we have developed<sup>13</sup>. Celano sees in this concept of practice or habit something very particular, neither fact nor rule, but a set of facts that, again, fixes the identity of a rule:

---

<sup>8</sup> B. Celano, *Pre Conventions, A fragment of the Background*, cit., p. 8.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 8.

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>12</sup> *Ivi* p. 10.

<sup>13</sup> *Ivi*, p. 10.

A set of facts, that is, which is a regularity - or a set of cases that corresponds to a rule (in the relevant sense here, stated above: a concept) - by virtue of itself: literally, a normative fact<sup>14</sup>.

Lastly, Celano employs Searles theory of the Background (intentional states, following of rules or the application of concepts, are only possible due to a set of background capacities). Searle himself was dwelling on Wittgenstein as his paper '*Wittgenstein and the Background*' testifies. Searles Background is composed by unintentional skills, dispositions and tendencies which Celano takes as another instance of his normative facts:

Here, once again, entities intermediate between rules and regularities, embodied norms (or, if you will, the pineal gland) emerge. Tendencies, dispositions, skills that are in the Background are not intentional in character: they are bodily elements. At the same time, however, they are 'sensitive to /.../ structures of intentionality', such as the constitutive rules of an institutional activity; they are 'functionally equivalent' to them - which can only mean that they guide conduct, fixing the distinction between correct and incorrect behavior (i.e., they perform the role of norms)<sup>15</sup>.

### 3. Pre Conventions, Natural Conventions and Theories of Meaning

As I said, my claim is that the underlying structure of Celanos Pre Conventions closely resembles theoretical constructs offered by linguistic philosophers (in particular, of the externalist branch) in their meaning formation explanations - i.e. foundational theories of meaning.

Despite Celanos absent mention of the applicability of his thesis to linguistic practice (as pointed out by Moreso<sup>16</sup>) this comes as no surprise as Celano himself uses some of these language philosophical constructs while drafting his pre conventions (in particular Lewis theory of Conventions, Wittgensteins considerations on rule following and Searles considerations on the Background of Meaning)<sup>17</sup>.

However, by Celanos focus on 'tacit conventions that are not backed by a train of reasoning' (in opposition to Lewis like Conventions which are backed by a train of reasoning) I am reminded, in particular, of Millikans construct of natural conventions and naturalized meaning (Millikan dispenses with rationality in her account of convention as biological pattern sustained by way of precedent).

Following this thread, the question of the normativity of Celanos embodied facts (see section infra) could be read as mirroring the disjunction problem in

---

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 10.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 12.

<sup>16</sup> J.J. Moreso, *Celano: ontological commitment and normative bite*, cit.

<sup>17</sup> The connection between Searles Background and Wittgenstein seems to stem from Searle himself. See J.R. Searle, *Wittgenstein and the Background*, in *American Philosophical Quarterly*, 2011, Vol. 48, n. 2, p. 119-128.

externalist informational theories of meaning (Fodor) and, more generally, the question of normativity of meaning (correctness conditions of terms implying meaning normativity).

We have seen Celanos structure (section above). Let us together take a look at the functioning of Millikan's Teleosemantics, so that both I and the reader can identify (or reject) the parallels<sup>18</sup>.

Ruth Millikan (working primarily in the fields of philosophy of biology and philosophy of mind and language) is one of the main representatives of this theory of meaning called *biological externalism or teleosemantics*. Since it is a particularly intricate theory, I will try to list the main arguments in a schematic form<sup>19</sup>.

Teleosemantics are what M. calls Piggyback riding theories, i.e. imply some causal theory of meaning.

Here, a causal theoretical underpinning (think of Kripke's basis proper names and natural kinds or Fodor's universal causal informational theory) is presupposed.

Meaning is constituted by repetitive word-world relations which are historically determined. "Dog" means dog because dogs (objects) historically cause instantiations of "dog" (word). This means that if occurrences of a given thinker's mental symbol 's' covary with the presence of dogs, then 's' expresses the concept dog.

We will see that Millikan adds the explicit idea of 'lineage', i.e. when a given word-world relation is instantiated by uses of a linguistic tool, the chain of these uses constitutes a lineage<sup>20</sup>.

Under this frame, teleosemantics come in to explain error or misrepresentation (the so-called disjunction problem), which is a problem for causal theories (Fodor): If a symbol represents whatever it covaries with, then it cannot systematically misrepresent<sup>21</sup>.

How is this done?

1. Through a technically complex construct of 'function' as naturalized convention; In her groundwork of 84 *Language, Thought, and Other Biological*

---

<sup>18</sup> This section of the paper corresponds loosely to section 9 of my thesis *Language Related Indeterminacy in the Law* (currently awaiting publication).

<sup>19</sup> Millikan's milestones *Language, Thought and Other Biological Categories*, cit., *Varieties of Meaning*, cit., *Language: A Biological Model*, cit., and compilation of papers *Language Conventions made simple*, cit., *Naturalizing Intentionality*, cit., R.G. Millikan, *In defense of public language*, in L. M. Antony & H. Hornstein (eds.), *Chomsky and His Critics*, Blackwell, Malden MA, 2003, p. 215-235.

<sup>20</sup> M. Matczak, *Does Legal Interpretation Need Paul Grice? Reflection on Lepore and Stone's Imagination and Convention*, in *Polish Journal of Philosophy*, Spring 2016, Vol. X, n. 1, p. 67-87.

<sup>21</sup> J. Fodor, *A Theory of Content and Other Essays*, p. 52 ff.

*Categories*<sup>22</sup>, Millikan construes a highly elaborated and biologically coined theory of function where technical terms like ‘proper function’, ‘reproductively established family’, ‘reproduction’, ‘focused functions’ and so on do all the work. Here I am going to work with her later simplified version of the theory which I found mainly in her 2004 book *Varieties of Meaning* and her compilation of papers *Language: a Biological Model* (central papers I’ll refer to are: *Language Conventions made simple, In defense of Public Language and Naturalizing Intentionality*)<sup>23</sup>.

2. Through what I called teleosemantics 2.0; I will try to provide a simplified version of her theory by focusing on the following key elements:

- a. **Natural conventions** (which entail her central definition of direct proper function, which roughly means purpose, linguistic devices have functions in this sense, and these functions can be stabilized, conventional); “require neither coordinations, regular conformity, nor rational underpinnings. Natural conventionality is composed of two, quite simple, related characteristics. First, natural conventions consist of patterns that are ‘reproduced’ (...). Second, the fact that these patterns proliferate is due partly to weight of precedent (...)”<sup>24</sup>.

- b. **Reproduction:** “A pattern has been ‘reproduced’ if its form is derived from a previous item or items having, in certain respects, the same form, such that had the model(s) been different in these respects, the copy would have differed accordingly”<sup>25</sup>.

This is the first basic feature of natural conventionality, it is perpetuated by reproduction. In this sense natural conventions are handed down. Millikan gives the “shirt buttoning” example: “Suppose that we all button our shirts in order from top to bottom, but that we do so quite independently, each having independently discovered for herself that this is the easiest way to get the right buttons into the right holes. This convergence of behavior would not result from shirt buttoning techniques being handed down, hence would not be conventional behavior”<sup>26</sup>.

There are two ways of reproduction: by being copied from one another directly, the flag and mailman example; or by counterpart

---

<sup>22</sup> R.G. Millikan, *Language, Thought and Other Biological Categories New Foundations for Realism*, cit.

<sup>23</sup> R.G. Millikan, *In defense of public language*, cit; R. G. Millikan, *Language: A Biological Model*, cit.

<sup>24</sup> R.G. Millikan, *Language: A Biological Model*, cit., p. 2.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 3

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 3.

reproduction (nuts and bolts reproduction), the dancing or the handshake example. According to the author, words and also many aspects of grammar are reproduced in this way<sup>27</sup>.

**c. Precedent (Lineage):** “But not all reproduced behaviors are conventional behaviors. (...) To be thought of as conventional, a reproduced pattern must be perceived as proliferated due, in important part, to weight of precedent, not to its intrinsically superior capacity to produce a desired result”<sup>28</sup>. – the opening a jar by immersing it in hot water example.

A pattern is considered conventional only if thought to have little tendency to emerge or reemerge in the absence of precedent. Another pattern might have emerged just as well, as Millikan says. Here the example is the proliferation of the use of standard units of measure.

**d. Coordinating and non-coordinating conventions:** this is a subclass of natural conventions. For Millikan however, there are no speaker intentions involved in drafting them.

Coordinating conventions: conventional patterns of activity that proliferate, in part, because (causally because) they achieve coordinations. “Some coordinations require the partners to act the same way, others to act differently. Coordinating social distance requires acting similarly”<sup>29</sup>. Millikan gives the telephone, or the dancing example require different actions to achieve coordination.

Non coordinating conventions: conventional patterns of activity that proliferate without the need to achieve coordinations. Here, the example are expletives (saying “Damn!” when annoyed and “Ouch!” when it hurts) or the convention of calling cats with “kittykittykitty” (United States) or “pusspusspuss” (England) – examples by Millikan<sup>30</sup>.

**e. No need for regular conformity:** this is defined as long standing “tradition of taking conventions as such to involve regular conformity within a group either de facto or de jure”<sup>31</sup>. Millikan says this is mistaken (in light of her natural conventions). As to non coordinating conventions: is clear that people need not to conform. But as to coordinating conventions Millikan distinguishes 3 types: blind coordinations (partner must act before having evidence concerning the other actions, example interrupted

---

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 5 and 6.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 7.

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 2 footnote 4.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 11.

telephone connection), open coordinations (absence of any convention, spontaneous coordination, the moving the couch example) and half-blind coordinations (between the other two).

Millikan argues that only totally blind coordinations, depend for their effectiveness on a degree of regular conformity; example driving on the right/left.

Rules can indeed mandate the reproduction of conventional patterns, this is true, for example, of the conventional patterns constituting most games and of the pattern that is parliamentary procedure. But the author argues that conventional rules, just as such, are not prescriptive (they only describe conventional patterns). It might of course happen that “conformity to a convention may be or become mandated and sanctioned”<sup>32</sup>. Example important blind conventional patterns, like driving on the right are written into law (and thus become prescriptive).

**f. Crisscrossing Conventions/Solving Ambiguities:** Conventional Patterns or portions of them can be used outside the conventions: fragments of conventional patterns can be used in secondary ways. The participants in the activity only need to have an understanding of the original context from which the items being played with were taken, and that the ways in which they are playing do not require any further knowledge or skills<sup>33</sup>. Her examples here are word games, irony or metaphor. Fragments with the form as those used in a conventional pattern can be used in a way that has nothing to do with that convention, thus creating ambiguities. This happens when one isn't sure within which chain of lineage the speaker is acting<sup>34</sup>. Millikan gives the example of raising one's hand as request to speak, and as a vote; example of the conventional use of 'bank' to refer to riverbanks but also to financial institutions. The solution here is to identify which of the lineages is instantiated in the concrete situation (the hearer has to identify on which family of previous instances this instance was copied from and does not need to read the speaker's mind – search for his intentions).

3. Through a thorough critique of Gricean intentions:

In Millikan's work, intention is naturalized (using as example two grammatical moods, the indicative and the imperative) – hence the pun in the title of this paper.

---

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 17.

<sup>34</sup> M. Matczak, *Does Legal Interpretation Need Paul Grice? Reflection on Lepore and Stone's Imagination and Convention*, cit.

We saw that a word (or other language device) has a certain conventional purpose. The idea is that within a lineage, i.e. due to a precedential chain of usages, the word acquired a conventional, public function.

This function does not depend upon speaker's intentions or purposes (parrot example)<sup>35</sup>. Even when a word is parroted by a parrot the produced token is a member of a family of lineages (reproduced according to precedent). The speaker's intention can give the utterance a different purpose, which Millikan refers to as a "derived alternative" function. This alternative function may or may not be the same as the conventional, primary purpose (known as the "direct stabilizing function") and may or may not be widely accepted and conventional (as in the case of overlapping lineages).

A speaker can use a language device just as he can use a tool - to perform a function that is not however the device's own function: a hammer can be used as a weapon, a human hair can be used as a cross hair on an instrument.

Millikan then applies this to two grammatical moods: the main conventional function of the imperative being producing compliance; and the main conventional function of the indicative being conveying information (producing true belief).

Millikan gives the example "Take out a good life insurance before you do that"<sup>36</sup>. Here the imperative has a parasitic function upon the function of just conveying information ("that is a risky activity"). Such usages can of course be themselves conventional (as is the case for irony, sarcasm, etc. which are learned by speakers, from generation to generation).

Just like tools "language forms are often used to serve functions that are not their own. Sometimes these extrinsic ends are ends that also interest the hearer and sometimes they are not. Uncooperative uses of conventional forms include lying to the hearer, embarrassing the hearer, insulting the hearer, purposely putting the hearer in an awkward position, and so forth. Cooperative uses include pretend uses (acting, joking) and the whole hodgepodge of Gricean implicatures"<sup>37</sup>.

This is the general underpinning. As a side note, I now want to briefly portray her main argument in deconstructing Grice's "make belief game". It is worth noticing that there is an interesting parallel between Millikan's argument and Bulygin's argument in deconstructing Kelsen's design of the principle of prohibition (but this is just a note). I want to do this slowly and therefore we need to recall Grice's construction.

Grice gives the following example:

---

<sup>35</sup> R.G. Millikan, *Language: A Biological Model*, p. 63 onwards.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 47 and 48.

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 48.

Imagine you are stopped at night at an intersection, when the driver in an oncoming car flashes her lights. You reason as follows: “Why is she doing that? Oh, she must intend me to believe that my lights are not on. If she has that intention, it must be that my lights are not on. So, they are not”<sup>38</sup>.

The elements involved in his “make believe game” are: (i) that the hearer believes “p” (that your lights are not on); (ii) that the hearer recognizes the speaker’s intention to make the hearer believe “p” (that your lights are not on) and (iii) that this recognition of the speaker’s intention be part of the hearer’s reason for believing “p” (that your lights are not on). The main idea is that meaning is formed by the audience’s recognition of the speaker’s communicative intention<sup>39</sup>.

Millikan calls this a nested intentional structure which, in Grice’s account, must underlie all normal communicative uses of language and builds a thought experiment in which she works with the negative version and builds infinite layers of intention: take the imperative mood device: “do A”.

Millikan’s argument, in a nutshell, is the following: from having the belief that *P* would be incompatible with doing a thing, that in doing that thing one must have the belief *not P*. This is a fallacy (which applies equally to intentions, expectations).

She gives the Jack the Ripper example: “If I believed that Jack the Ripper was under my bed, I would not crawl into my bed and instantly fall asleep. In crawling so into bed, I clearly do not believe ‘Jack is under my bed’. But it does not follow that I believe ‘Jack is not under my bed’. Indeed I may never had heard of Jack. Likewise, from the fact that if I had reasons to believe that a speaker did not intend that I comply with an imperative then I likely would not comply, it does not follow that in normal cases of compliance I believe that the speaker intends compliance”<sup>40</sup>. Here, Millikan explicitly addresses (and invalidates) Grice’s construct of meaning - an alternative externalist account of meaning is presented.

I hope that after this brief incursion into Millikans Telesemantics the parallels are now also visible to the reader. To sum up the overlap, I want to highlight the notions of precedent, natural convention and, mainly, the absence of rationality or intention in the conventional framework (which flow, mostly, from Celano’s first argument, see above).

Both Celano and Millikan take the notion of precedent as central in defining conventional behavior. In Millikan it is the weight of precedent that makes a reproduced pattern be thought of as conventional, in Celano it is the precedent carving process of identification of analogies which determines conventionally correct use. Celano says, with Searle, that the key is that certain analogies and not others appear obvious to us, and Millikan says that the key is that a pattern is

---

<sup>38</sup> P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

<sup>39</sup> I. Skoczeń, *Implicatures within Legal Language*, Dordrecht, Springer, 2019, p. 137.

<sup>40</sup> R.G. Millikan, *Language, Thought and Other Biological Categories New Foundations for Realism*, cit.

thought to have little tendency to emerge or reemerge in the absence of precedent: another pattern might have emerged just as well.

Celano starts out his journey into pre conventions by noticing a (neglected) meaning of the term (a propos his four-pronged analysis of the word 'convention'); tacit conventions that are not backed by a train of reasoning (and then finds evidence of them in several bodily schemes, what he calls embodied diagrams). Millikans Natural Conventions are defined precisely by this absence of train of reasoning, they require neither coordinations nor rational underpinnings. The two sole defining features of natural conventionality are reproduction (reproduced patterns) and precedent (patterns proliferate due to weight of precedent).

If I am right, Celanos Pre Conventions are in essence (and leaving out the normative element for now) not much different from Millikans Natural Conventions. Granted, this is a somewhat marginal finding – but, I believe, has some consequences. First, it subtracts originality from Celanos first (and main) claim that 'entities such as embodied conventions exist'. Second, by being closest to naturalist accounts of meaning it seems to add force to the demand for explanation as to where exactly the normativity part of these conventional facts comes from (meaning naturalists as 'those do not think meaning, intentionality or normativity can be among the building blocks of the universe'<sup>41</sup>). In such it asks for further grounding for the second and third claims as to the 'inherent normativity of these embodied de facto regularities'.

This seems to be, also, the one striking clash between Celanos and Millikans constructs. Millikan as a naturalist dispenses with conformity quite literally (see above). Millikan states that conventional rules, just as such, are not prescriptive (they only describe conventional patterns). It might of course happen that conformity to a convention may become prescriptive and written into law but this is contingent.

It seems, thus, that her natural conventionality does not imply normativity (her answer to the normativity problem is to naturalize meaning by anchoring it in biological 'norms')<sup>42</sup>.

In a way this clash seems to be what Moreso had in mind when he talks about the fundamental incompatibility between the ontological thesis and the normative bite thesis<sup>43</sup>. Granted, instead of (only) asking for additional grounding of Celanos embodied normativity thesis (pre conventions are causal facts and norms at the same time) Moreso declared it intrinsically incompatible.

---

<sup>41</sup> See A. Hattiangadi, *Is Meaning Normative?*, in *Mind and Language*, 2006, Vol. 21, p. 220-240, and J. Fodor, *A Theory of Content and Other Essays*, cit.

<sup>42</sup> On this see S.K. Shin, *Meaning and normativity: A study of teleosemantics*, The University of Texas at Austin ProQuest Dissertations Publishing, 3116182, 2003, p. 51 forward. But this is not uncontroversial.

<sup>43</sup> J.J. Moreso, *Celano: ontological commitment and normative bite*, cit.

#### 4. Normativity Naturalized?

As framed it earlier, the essential question then becomes: What exactly makes these pre conventions normative? Let us first look at Celano's arguments.

We saw above that Celano explains what he has in mind with regard to these pre conventions through a detailed exemplification (the correct swimming stroke in the front crawl). However, while doing a good job at justifying his first claim (existence of these entities) this section of the paper falls short of justifying their normative nature. And I think reasonable doubt can also be raised about whether Celano is able to drive home the normativity thesis in the argument section of his essay.

As I see it, the issue is the following: either Celano gives a concrete account of what he thinks encompasses a definition of normativity or if (as it seems from his replies on 'Exploring the Background') he wants the reader to take normativity in a common, almost intuitive sense (as synonymous to prescription) then this prescriptiveness of pre conventions must flow from his theoretical construction<sup>44</sup>. And I am not sure it does. The lack of grounding as to the second and third claims has been raised elsewhere (D'Almeida) and refuted (Celano)<sup>45</sup>.

From a purely textual standpoint, although repeatedly invoking the label 'normative', Celano actually opens his main argumentative section by stating his intent of proving the existence of the entities he calls Pre-Conventions (this was also the main aim of the exemplificatory section):

I now turn to a summary presentation (it is, in fact, the evocation of arguments that I assume to be, more or less, already known to the reader) of some arguments that support the view **that there exist pre-conventions** (...)<sup>46</sup>

Apart from stating the normative nature of these (existing) entities what ground does Celano offer to support the normativity thesis?

I think, essentially, one line of thought: the idea that pre-conventions determine the correct use. This may be broken down into two further arguments: correctness (as an argument for normativity) and identity (they fix the identity of the regularity concerning correct use). Both, I believe, are insufficient to prove normativity in the strong and intuitive sense of prescription.

As for the correctness argument, it is based on the distinction (stemming originally from the debate about normativity of meaning) between prescriptiveness and correctness.

---

<sup>44</sup> The lack of definition of fact and norm has been much raised (and admitted) in the aftermath of the paper. See, among others, R.E. Sánchez Brigido, *Celano on normative facts*, cit.

<sup>45</sup> See L.D. D'Almeida, *On pre-conventions as 'normative facts'*, cit., and B. Celano, *Pre Conventions, A fragment of the Background*, cit.

<sup>46</sup> *Ivi*, p. 7.

The argument goes as follows, saying that pre-conventions are normative is ambiguous, potentially meaning either that a pattern or direction of use (the correct one) is prescribed or that it merely determines, describes the correct pattern of use<sup>47</sup>.

The underlying idea here is that the idea of a 'correct use' intuitively takes us into the field of rule following: "a speaker who means something by an expression must be following a rule (norm) for its correct application"<sup>48</sup>.

We see correctness conditions (description of precedents), we see convergent human behavior (which can also be taken individually, say a speaker who follows the precedent) and we assume intuitively there must be some sort of rule that guides this behavior and its following. This is, however, contingent. Correctness conditions and convergent human behavior are descriptive and as such closer to hypothetical means/end imperatives (so called technical norms) – but I will return to this point in a minute.

True, it might very well be that the correct use finds its way into an actual norm prescribing behavior (be it via legislation or custom) – think of a norm prescribing to drive on the right - but again, this is contingent.

It seems that in Celano's construct, these precedent forming facts, these embodied diagrams to establish correctness are not prescriptive but merely fix, draw, describe the correct way to proceed. If I am right in assuming that Celano's Pre-Conventions (based on the argumentative material provided in his paper) point only into this correctness direction then it would be fair to say, I think, that his Pre-Conventions are also Pre-Normative (or normative in a weak sense).

In this connection it is interesting to notice that in *Exploring the Background* and confronted with arguments as to the lack of grounding of the normativity thesis, Celano shifts from correct use to right use and adds the (I believe essential) demand of 'guiding behavior':

A normative fact, in this sense, is a fact that fixes, determines, the right way of doing something, and in this way guides behaviour.<sup>49</sup>

This, I believe, is also what Millikan is after by excluding the need for conformity from her natural conventions. Her normativity (if it still can be called such) only demands reproduced pattern which proliferate due to weight of precedent. Millikan admits that rules can indeed mandate the reproduction of conventional patterns, (eg. conventional patterns constituting most games). Yet conventional rules, just as such, are not prescriptive but only describe conventional patterns.

---

<sup>47</sup> This line of thought, although applied to the debate about normativity of meaning can be found in A. Hattiangadi, *Is Meaning Normative?* cit.

<sup>48</sup> A. Hattiangadi, *Is Meaning Normative?* cit., p. 222.

<sup>49</sup> B. Celano, *Pre Conventions, A fragment of the Background*, cit.

This distinction (of correctness versus prescriptiveness) mirrors the old prescriptive/ descriptive divisions in defining the borders of normativity. The debate about what makes up normativity is too large to be dealt with in this short paper format – so just a few reminding words as to something I have developed elsewhere<sup>50</sup>.

The terms ‘law’, ‘norm’ or ‘rule’ are often used without a precise delimitation and somewhat synonymously. Simply put the meaning of these central terms seems to be, to some extent, indeterminate.

V. Wrights opening lines of ‘Norm and Action’ are a good example of this. Partial synonyms of ‘norm’, he says, are ‘pattern’, ‘standard’, ‘type’, ‘regulation’, but also ‘rule’ and ‘law’<sup>51</sup>. Norm is a vague and heteronomous term<sup>52</sup>.

Max Black, on the other hand, trying to solve the exact same problem of the definition of the ‘normative’ (put vaguely) does so focusing on the word ‘rule’ (as ‘regulation’, ‘instruction’, ‘precept’ or ‘principle’)<sup>53</sup>.

These unclarities contribute to another related phenomenon – the proliferation of types of norms or levels of normativity. Recall famous distinctions such as primary and secondary norms (Hart), regulative and constitutive norms (Searle) duty imposing and power conferring norms (Hart, Kelsen, Bentham), directives, technical norms, prescriptions or regulations (Von Wright), regulations, instructions, precepts or principles (Max Black) and so on<sup>54</sup>.

While in V. Wright ‘normativity’ goes beyond prescriptiveness (imperative mood) - he defines prescription (the norm par excellence) narrowly and therefore needs several types of norms - Black conceives ‘normativity’ as necessarily tied to the imperative - he defines norm as the linguistic form of the imperative and therefore does not need types of norms but only meaning usages or senses.

Be that as it may, the underlying idea seems always to be that ‘norm’, the normative is intuitively linked to prescriptive speech.

As I stated elsewhere, the definition of the normative through two types of speech is however only an apparent solution<sup>55</sup>. Accepting or denying that normativity is resumed to prescriptive speech seems dependent upon something else – your working definition of norm. Whether there are several levels of normativity (related to the borders and strictness of the adopted norm definition), whether normativity equals prescriptiveness, whether there is a problematic

---

<sup>50</sup> Section 2 of my thesis on *Language Related Indeterminacy in the Law* (currently awaiting publication).

<sup>51</sup> G.H. v. Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge, London, 1963, p. 1.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> M. Black, *Vagueness. An Exercise*, in *Logical Analysis, Philosophy of Science*, 1937, Vol. 4, p. 427-455.

<sup>54</sup> This list was partially taken from D.G. Lagier, *Acción y Norma en G.H. von Wright*, CEC, Madrid, 1995, p. 229 and 230.

<sup>55</sup> Section 2 of my thesis on *Language Related Indeterminacy in the Law* (currently awaiting publication), p. 37.

distinction between regulative and constitutive norms, it all boils down to the working definition of norm.

In the absence of a clear difference in linguistics (speech, modality) explaining the differences between kinds of imperative used to exemplify norm types (say, hypothetical means/end imperatives), the obvious answer seems to be that what explains these differences are the defining elements of normativity<sup>56</sup>. This would mean, in particular, that the option of limiting normativity to one case of deontic modality is a conceptual choice and not a linguistic given.

If I am right, also the difference between a norm proper and say a technical guideline (the hypothetical means/end imperative) is obtained from elsewhere, not from the linguistic form but from the definitory elements of our adopted norm definition (say, for example modalization of conduct). The linguistic form (grammatical modalization) is only a first indicator. There is a standard grammatical form for directives (but even this is not bulletproof, i.e. sentences which contain no deontic terms may nevertheless have directive meaning and vice-versa): linguistic indicators (but only that) are the use of the imperative mood or some terms with specific deontic meaning<sup>57</sup>.

It seems thus, that the identification of normativity proceeds in several steps or layers; 1) identification of the linguistically formulated text; 2) access to the meaning content of that text (semantic compositionality and grammatical modality) and 3) something more, something related to the adopted definitory elements of normativity, such as, as a matter of example, modalization of conduct or enactment by a normative authority.

Just to sum up this already too long argument for the current purposes, I take Hattigandi to mean, not that it is descriptive linguistic modality which distinguishes correctness from prescriptivity but rather an assumed working definition of norm - something along the lines of modalization of conduct. And it is precisely this modalization of conduct which is, I believe, lacking in Celanos description of Pre Conventions (despite his later addenda of pre conventions as essentially 'guiding behavior').

As for the identity argument, I think it allows for two different readings. First, it can be read in the sense of factual patterns fixing the identity of a norm (which prescribes the correct use) and here the (debatable) question would be whether fixing the identity of a norm makes the relevant facts also intrinsically normative.

---

<sup>56</sup> On the exact arguments of why there is no such clear-cut difference see *Language Related Indeterminacy in the Law* (currently awaiting publication), p. 33 onwards. The basic line of thought is to reconduct the topic to grammatical modality (and formal natural language semantics) instead of the mainstream speech-act theory.

<sup>57</sup> A. Ross, *Directives and Norms*, Humanities Press, New York, 2009.

Or (and this I think is Celanos claim) read in the sense of fixing only what constitutes what is regular, i.e. pre conventions underlying facts simply fix the regularity (as Celano says it is the respect under which the behaviors are regular):

That certain analogies (and not others) appear obvious to us is not a mere regularity it is also **what fixes the identity of the regularity itself determining correct use.**<sup>58</sup>

If this is the case, and with Celano drawing the dichotomy between regularities and norms as one and the same with facts and norms, then what is proven here is, again, only the factual or causal side of a regular pattern of behavior pointing towards correct use (and not normativity in the sense of prescriptiveness).

All things considered, I do not find that Celano is able to provide enough grounds for a strong normativity (prescriptiveness) of his Pre Conventions.

Although maybe taking away some of the more dramatic effects of his paper, one viable alternative reading would be to interpret his normativity claim in this naturalized and weaker sense of correctness – which would fit with the naturalistic claim a la Millikan as well as, in one strike, solve Moresos dilemma and avoid Humes and Moores philosophical traps. Celanos pre conventional normativity would be naturalized.

Another alternative reading could stem from the insufficiency of the prescriptive/descriptive division (as briefly mentioned above). In this sense and if all depends on a conceptual choice as to what we include in the normative, Celanos descriptive correctness could still be fully normative (say, for instance the author defines normativity conceptually in a, granted, very weak way).

At the end, it might very well be that I'm only pointing out Moresos category mistake between facts and norms and causes and reasons with slightly different clothes (language philosophical clothes).

But if I am right about this parallel with normativity of meaning, then (as a last alternative reading) arguments for prescriptivity of meaning - i.e. meaning determining regularities tell the speaker what he ought to do (see Hattiangadi on Kripke) can come to Celanos aid in upholding his normative fact theory<sup>59</sup>.

## Bibliography

M. Black, *Vagueness. An Exercise*, in *Logical Analysis, Philosophy of Science*, 1937, Vol. 4, p. 427-455

---

<sup>58</sup> B. Celano, *Exploring the Background, Puzzles, Afterthoughts and Replies*, cit., p. 9.

<sup>59</sup> A. Hattiangadi, *Is Meaning Normative?* Cit.

- B. Celano, *Pre Conventions, A fragment of the Background*, in *Revus*, 2016, Vol. 30, p. 9-32
- B. Celano, *Exploring the Background, Puzzles, Afterthoughts and Replies*, in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 53-82
- P. Chiassoni, *Do jurists need pre-conventions?*, in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 37-43
- L.D. D'Almeida, *On pre-conventions as 'normative facts'*, in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 9-13
- J. Fodor, *A Theory of Content and Other Essays*, MIT Press, Cambridge, 1990
- P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1989
- A. Hattiangadi, *Is Meaning Normative?*, in *Mind and Language*, 2006, Vol. 21, p. 220-240
- P. Horwich, *Meaning*, Oxford University Press, New York, 1998
- P Horwich, *Reflections on Meaning*, Oxford University Press, New York, 2005
- D.G. Lagier, *Acción y Norma en G.H. von Wright*, CEC, Madrid, 1995
- M. Matczak, *Does Legal Interpretation Need Paul Grice? Reflection on Lepore and Stone's Imagination and Convention*, in *Polish Journal of Philosophy*, Spring 2016, Vol. X, n. 1, p. 67-87
- R.G. Millikan, *Language, Thought and Other Biological Categories New Foundations for Realism*, MA: MIT Press, Cambridge, 1984
- R.G. Millikan, *Language Conventions Made Simple*, in *The Journal of Philosophy*, April. 1998, Vol. 95, n. 4, p. 161-180
- R.G. Millikan, *In defense of public language*, in L. M. Antony & H. Hornstein (eds.), *Chomsky and His Critics*, Blackwell, Malden MA, 2003, p. 215-235
- R.G. Millikan, *Naturalizing Intentionality*, in *The Proceedings of the Twentieth World Congress of Philosophy*, 2000, Vol. 9, p. 83-90
- R.G. Millikan, [Language: A Biological Model](#), online edn., Oxford Academic, Oxford, 2005
- R.G. Millikan, *Varieties of Meaning. The 2002 Jean Nicod Lectures*, MIT Press, Cambridge, 2006
- J.J. Moreso, *Celano: ontological commitment and normative bite*, in *Revus*, 2016, Vol. 30, p. 77-80.
- A. Ross, *Directives and Norms*, Humanities Press, New York, 2009
- R.E. Sánchez Brigido, *Celano on normative facts*, in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 15-28
- M. Segatti, *What laws are experienced as*, in *Revus*, 2017, Vol. 33, p. 29-36

J.R. Searle, *Wittgenstein and the Background*, in *American Philosophical Quarterly*, 2011, Vol. 48, n. 2, p. 119-128

S.K. Shin, [\*Meaning and normativity: A study of teleosemantics\*](#), The University of Texas at Austin ProQuest Dissertations Publishing, 3116182, 2003

I. Skoczeń, *Implicatures within Legal Language*, Dordrecht, Springer, 2019

G.H. v. Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge, London, 1963



**El ideal de *Rule of Law* al cual el derecho puede racionalmente aspirar. Una reflexión a partir del enfoque de Bruno Celano**

The ideal of Rule of law to which the law can rationally aspire. A reflection based on Bruno Celano's approach

PAULA GAIDO

Investigadora de CONICET, Profesora Catedrática de Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

[paula.gaido@conicet.gov.ar](mailto:paula.gaido@conicet.gov.ar)

---

ABSTRACT

---

En lo que sigue me interesa explorar cuál es en líneas generales para Celano el mejor modo de entender al razonamiento práctico, y al razonamiento jurídico en particular, si tomamos como ideal regulatorio al *Rule of Law*. Para ello, delinearé de modo muy esquemático cuáles son las tesis principales que se adscriben a las concepciones universalistas y particularistas del razonamiento práctico y la



DOI: 10.54103/milanlawreview/24209

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

objeción formulada por Redondo al modo particularista de entender el razonamiento jurídico que aspira a realizar el ideal del *Rule of Law*, en términos formalistas. Luego, buscaré articular la respuesta dada por Celano a esta objeción. Finalmente, sugeriré que el modo particularista de entender al razonamiento práctico y jurídico por parte de Celano puede ser compatible con el ideal del *Rule of Law*, sólo que dejando a un lado su versión formalista. Este cambio de enfoque, a su vez, posibilitaría esbozar líneas de respuesta a las propias perplejidades que el autor deja planteadas.

**Keywords:** universalismo; particularismo; razonamiento practico; razonamiento jurídico; estado de derecho.

I am interested in exploring what Celano considers to be the best way of understanding practical reasoning, and legal reasoning in particular, if we take the Rule of Law as a regulatory ideal. To do so, I will outline in a very schematic way the main theses ascribed to the universalist and particularist conceptions of practical reasoning and the objection formulated by Redondo to the particularist way of understanding legal reasoning that aspires to realise the ideal of the Rule of Law, in formalist terms. I will then articulate Celano's response to this objection. Finally, I will suggest that Celano's particularist understanding of practical and legal reasoning may be compatible with the ideal of the Rule of Law, only by setting aside its formalist version. This change of approach, in turn, would allow to sketch lines of response to the author's own perplexities.

**Keywords:** universalism; particularism; practical reasoning; legal reasoning; rule of law.

---

This paper has been subjected to double-blind peer review

## El ideal de *Rule of Law* al cual el derecho puede racionalmente aspirar. Una reflexión a partir del enfoque de Bruno Celano\*

“Esto es, evidentemente, un círculo. Pero, de nuevo, no veo escapatoria posible.”<sup>1</sup>

SUMMARY: 1. El razonamiento práctico, el razonamiento jurídico y el ideal del *Rule of law* – 1.1. Universalismo y particularismo. La objeción de Redondo – 1.2. Particularismo y *Rule of Law*. La respuesta de Celano y su problema – 2. Nuevamente sobre la mesa: la administración de poder decisorio – 3. Breve reflexión final.

Tuve la oportunidad de conocer a Bruno Celano en Almagro, en 1998, en una de las primeras ediciones del congreso italo-español de teoría del derecho. Recién llegaba a Madrid y apenas iniciaba mis pasos en la filosofía del derecho, bajo la guía e inspiración de Cristina Redondo. Digo inspiración, porque Cristina, en un paso raudo por Córdoba, cuando yo ya estaba finalizando la carrera de Abogacía, me mostró la posibilidad de una vida académica atractiva. La presencia de mujeres con formación sólida y carreras académicas atractivas no era lo usual en la universidad en la cual me formé. Cristina no investigaba ni militaba en temas vinculados a cuestiones de género, pero ejercía su pensamiento de manera rigurosa y sin pedir permiso, y eso era revolucionario, en el sentido de abrir alternativas vitales antes impensadas. Hoy estamos en la tercera edición de un congreso que busca resaltar el aporte de las mujeres a la teoría del derecho, y, entonces, quiero comenzar destacando y celebrando los espacios que supieron generar presencias como las de Cristina, aún sin proponérselo. Fue ella la que me hizo reparar en Celano. Me senté al lado de ambos en una de las cenas del congreso de Almagro, y quedé fascinada viéndoles discutir. Sin embargo, es recién con la invitación de Francesca Poggi y Silvia Zorzetto a integrar la mesa alrededor de la

---

\* Fue un gran placer discutir las ideas de este trabajo en el marco de la tercera edición de “En Teoría hay mujeres, en teoría” en Milán. Quiero agradecer a Francesca Poggi y Silvia Zorzetto por la invitación a reflexionar a partir de la obra de un autor tan profundo y honesto. Agradezco también todos los intercambios en el marco de la conferencia, y muy especialmente a Lilian Bermejo Luque, Cristina Redondo y, nuevamente, Francesca, por sus generosos comentarios posteriores.

<sup>1</sup> B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, en B. Celano, *El Gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 133.

obra de Celano, y en su homenaje, que yo misma me puse a analizar algunos sus argumentos con un poco más detenimiento.

En lo que sigue me interesa explorar cuál es en líneas generales para Celano el mejor modo de entender al razonamiento práctico, y al razonamiento jurídico en particular, si tomamos como ideal regulatorio al *Rule of Law*. Para ello, delinearé de modo muy esquemático cuáles son las tesis principales que se adscriben a las concepciones universalistas y particularistas del razonamiento práctico y la objeción formulada por Redondo al modo particularista de entender el razonamiento jurídico que aspira a realizar el ideal del *Rule of Law*, en términos formalistas. Luego, buscaré articular la respuesta dada por Celano a esta objeción. Finalmente, sugeriré que el modo particularista de entender el razonamiento práctico y jurídico por parte de Celano podría ser compatible con el ideal del *Rule of Law*, sólo que dejando a un lado su versión formalista. Este cambio de enfoque, a su vez, posibilitaría esbozar líneas de respuesta a las propias perplejidades que el autor deja planteadas.

## 1. El razonamiento práctico, el razonamiento jurídico y el ideal del *Rule of Law*

### 1.1. Universalismo y particularismo. La objeción de Redondo

Hay quienes sostienen (Redondo, entre ellas) que hay dos modos conceptualmente posibles de entender al razonamiento práctico: universalismo y particularismo, y que una elección entre estas posiciones tiene que estar basada en consideraciones valorativas<sup>2</sup>. Según esta reconstrucción, ambas posiciones difieren sobre el alcance y fuente de las razones para llevar a cabo una determinada acción<sup>3</sup>. De acuerdo con el universalismo para justificar un cierto curso de acción hay que mostrar que se trata de una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona con una cierta consecuencia normativa. Así, todos los casos individuales que comparten el mismo conjunto de propiedades relevantes tienen la misma consecuencia normativa<sup>4</sup>. Esto significa que todas las propiedades adicionales que presenten estos casos individuales tienen que ser consideradas irrelevantes en la determinación de cómo es debido actuar de acuerdo con esa norma. La idea aquí es que las normas en las cuales subsumir casos concretos tienen existencia y son susceptibles de ser identificadas de manera independiente y previa a los casos individuales que las instancian.

Hay quienes sostienen que una concepción universalista del razonamiento práctico está comprometida con entender a las normas generales como

---

<sup>2</sup> C. Redondo, *Razones y normas*, en *Discusiones*, 2005, Vol. 5, p. 29-66.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> J. Rodríguez, *Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos*, en *Discusiones*, 2005, Vol. 5, p. 11.

condicionales inderrotables (esto es, condicionales estrictos que expresan condiciones suficientes para una consecuencia deóntica);<sup>5</sup> lo cual sería compatible con entender a las normas generales como razones *pro tanto* para actuar (no absolutas, superables por otras razones)<sup>6</sup>. Todas las cosas consideradas, el modo en que una norma establezca cómo es debido actuar puede competir con lo que establezcan otras normas. El universalismo refiere, en este sentido, a la invariabilidad de la relevancia práctica de las normas respecto de los casos que caen dentro de su alcance, sin decir nada respecto del peso que cada norma deba tener en la determinación final de cómo es debido actuar<sup>7</sup>. De acuerdo con esta reconstrucción, una concepción universalista del razonamiento práctico no perseguiría ofrecer un test final para la evaluación de un eventual balance entre razones *pro tanto* en pugna<sup>8</sup>.

De acuerdo con el particularismo, en cambio, para fundar cómo es debido actuar siempre importa el contexto particular de cada caso<sup>9</sup>. Redondo sostiene que esto podría ser entendido de diferentes maneras. Se podría entender que la tesis en cuestión es que: (i) no es posible fundar cómo es debido actuar en base normas generales;<sup>10</sup> o (ii) las normas tienen que ser entendidas como condicionales derrotables; esto es, como normas cuyas condiciones de aplicación sólo pueden ser precisadas ante el caso concreto o, dicho en otros términos, cuyas condiciones establecidas en el antecedente no son condiciones suficientes para obtener el consecuente. Según esta lectura alternativa, una concepción particularista del razonamiento práctico podría dar cuenta de la noción de norma, pero la entendería de modo diferente, ya que las propiedades fijadas en su antecedente no son invariablemente relevantes<sup>11</sup>. Esto porque podría darse el caso que las condiciones

---

<sup>5</sup> C. Redondo, *Razones y normas*, cit., p. 53. Cabe advertir que, autores como Bayón entienden a las normas jurídicas como condicionales derrotables, a la vez que adscriben a una concepción universalista del razonamiento práctico general, y jurídico, en particular. Rodríguez y Redondo van a controvertir esta posibilidad. Para una revisión de los argumentos implicados alrededor del problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, se puede consultar P. Gaido, R. Sánchez Bridigo, H. Seleme (eds.), *La relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad de Externado, Bogotá, 2003.

<sup>6</sup> J. Rodríguez, *Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos*, cit., p. 15; C. Redondo, *Razones y normas*, cit., p. 34 y ss.

<sup>7</sup> C. Redondo, *Razones y normas*, cit., p. 33.

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 45.

<sup>9</sup> J. Rodríguez, *Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos*, cit., p. 14; C. Redondo, *Razones y normas*, cit., p. 37 y ss.

<sup>10</sup> J. Rodríguez, *Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos*, cit., p. 11.

<sup>11</sup> C. Redondo, *Razones y normas*, cit., p. 41. Sobre la posibilidad de defender la tesis de la derrotabilidad de las normas jurídicas, junto a una concepción universalista del razonamiento práctico, ver n. 5.

del antecedente de la norma se den pero que nuevas o inusuales circunstancias tornen a la norma inaplicable<sup>12</sup>.

Haciendo foco en el ámbito jurídico, Redondo ha sostenido que la concepción del razonamiento práctico particularista no logra capturar el tipo de razonamiento práctico requerido por el ideal del *Rule of Law*<sup>13</sup>. Existen diferentes concepciones en pugna en relación a este ideal<sup>14</sup>. Pero, aunque no lo desarrolla, la concepción tenida en cuenta por la autora pareciera ser una formalista, en el sentido de entender que se trata de un ideal que aspira a que la conducta de las personas sea guiada a través de reglas generales, públicas, no retroactivas, inteligibles, relativamente claras y estables, coherentes entre sí, que prescriben acciones posibles de ser realizadas. Lo cual, a su vez, incluye que la administración y aplicación de estas reglas a casos individuales sea realizada por órganos de aplicación imparciales<sup>15</sup>. En sus palabras:

...puede afirmarse que la idea de estado de derecho asume el carácter universal de las razones jurídicas, es decir, supone que el derecho ofrece un conjunto limitado de normas o principios que, si bien por sí mismos no especifican un resultado, establecen razones cuya consideración es vinculante para los decisores, y que deben ser honradas en la decisión final... puede afirmarse que la concepción particularista no explica el modelo de decisión presupuesto en nuestra concepción del estado de derecho, mientras sí lo hace el modelo del universalismo no absolutista<sup>16</sup>.

Redondo parece llegar a esta conclusión porque, aun cuando, según su articulación, tanto universalistas cuanto particularistas se diferencian de una posición escéptica, al asumir que es posible determinar frente a un caso concreto cuáles son sus propiedades prácticas (jurídicas) relevantes, sólo desde las filas universalistas sería posible su conocimiento previo. Desde las filas universalistas, cuáles sean las propiedades prácticas (jurídicas) relevantes de un caso concreto depende de normas cuya existencia y posibilidad de conocimiento es previa a ese caso concreto. Desde las filas particularistas, en cualquiera de las versiones delineadas, cuáles sean las propiedades prácticas (jurídicas) relevantes de un caso concreto depende del contexto en el cual el caso tiene lugar, y aun cuando no se

---

<sup>12</sup> Lo cual es diferente a decir que fue vencida por otra norma. Simplemente, no constituye una razón para el caso; C. Redondo, *Razones y normas*, cit., p. 41.

<sup>13</sup> C. Redondo, *Razones y normas*, cit., p. 163.

<sup>14</sup> B. Celano, *Prefacio*, en B. Celano, *El Gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 12.

<sup>15</sup> Asimismo, es ésta la concepción de *Rule of law* que Celano tiene en mente cuando sostiene su compatibilidad con el particularismo. Para una reconstrucción del ideal del *Rule of Law* en términos formalistas, cfr. B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 102.

<sup>16</sup> C. Redondo, *Razones jurídicas. Respuesta a Caracciolo, Celano y Moreso*, en *Discusiones*, Vol. 5, 2005, p. 162-163.

ponga en duda la posibilidad de su existencia objetiva, sí queda explícitamente limitada la posibilidad de su conocimiento previo.

### 1.2. Particularismo y *Rule of Law*. La respuesta de Celano, y su problema

Celano busca mostrar por qué el razonamiento práctico general no puede ser sino particularista, y cómo esto es compatible con sostener que el razonamiento jurídico debe aspirar a realizar el ideal del *Rule of Law* entendido en términos formalistas<sup>17</sup>. Me propongo mostrar por qué Celano sólo puede tener éxito en su cometido si cambia el modo de concebir al ideal de *Rule of Law* de referencia.

Celano entiende que el modo de concebir al razonamiento práctico depende del tipo de razones existentes, y estas de contextos cambiantes, que imposibilitan la formulación de una tesis de relevancia última, susceptible de ser conocida de manera anticipada<sup>18</sup>. Dado este presupuesto ontológico, mantiene que hay un modo correcto de entender al razonamiento destinado a lidiar con este tipo de razones, el particularista. Difiere así de la propuesta hecha por Redondo, para quien, como vimos, hay diferentes modelos de razonamiento práctico (universalista y particularista) conceptualmente posibles, y una opción entre los mismos debe ser fundada en consideraciones valorativas. En materia moral, esto es así porque, según Celano, las razones para actuar que tengamos dependen de la interacción entre los agentes involucrados y de historias que no son susceptibles de ser identificadas de manera exhaustiva de antemano<sup>19</sup>. Así, las razones que tengamos son contingentes, en el sentido de que su configuración es dependiente del caso concreto. De ello se sigue que el razonamiento práctico no puede consistir (tan sólo) en la subsunción de un caso individual bajo el caso genérico previsto por una regla preexistente, sino en la ponderación de las razones relevantes, caso por caso<sup>20</sup>.

Según Celano, esta comprensión de las razones morales no excluiría la posibilidad de realizar generalizaciones confiables respecto de lo que es debido en este ámbito, sólo que eso es compatible con afirmar que esas generalizaciones tendrán que ser revisadas ante circunstancias excepcionales o extraordinarias<sup>21</sup>. Pareciese, entonces, que Celano comprendería al particularismo en la versión (ii) delineada en el apartado anterior; esto es, como compatible con una concepción de norma: la de norma derrotable.<sup>22</sup> En palabras de Celano:

---

<sup>17</sup> B. Celano, *Prefacio*, cit., p. 12.

<sup>18</sup> B. Celano, *¿Podemos elegir entre universalismo y particularismo?*, en *Discusiones*, 5, 2005, p. 111-114.

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 111.

<sup>20</sup> B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 105.

<sup>21</sup> B. Celano, *¿Podemos elegir entre universalismo y particularismo?*, cit., p. 116.

<sup>22</sup> B. Celano, *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, en *Diritti&questioni pubbliche*, 2002, Vol. 2, p. 34-46.

...la forma di particolarismo che io difendo... -non è una mística del caso individuale, o del, come spesso si dice, "caso concreto". È in ragione delle loro proprietà che ai casi (individuali) sono applicabili queste o queste altre ragioni, o sono da riconnettere queste o queste altre soluzione normative. Il bilanciamento e il suo verdetto, dunque, hanno (se ragionevoli) sempre ad oggetto casi generici- e mediante questi ultimi, ovviamente, i casi individuali che ricadono sotto di essi.

23

En el ámbito jurídico, Celano se propone mostrar por qué es erróneo el argumento que dice que, si se acepta que el derecho y las normas que lo componen deben conformarse a nuestras razones morales, entonces, el razonamiento jurídico debe ser particularista<sup>24</sup>. Es por razones particularistas, contextuales, sostiene, que puede estar justificado buscar realizar el ideal del *Rule of Law*, entendido como el ideal que busca guiar comportamiento a través de reglas preexistentes<sup>25</sup>. Su propósito, dicho en otros términos, es argumentar que la forma de particularismo que defiende es compatible con la posibilidad de que las normas jurídicas entendidas como reglas tengan en el razonamiento jurídico un rol independiente<sup>26</sup>. Es por razones contextuales (particularistas) que, al menos en ciertas esferas de decisión jurídica, el razonamiento debe ser universalista<sup>27</sup>. En sus palabras:

Se trata de ver caso por caso -ya se trate de decisiones individuales o de clases de decisiones- si recurrir al *decision-making* basado en reglas es oportuno. Este es el

---

23 "...la forma de particularismo que defiende ... -no es una mística del caso individual, o del, como suele decirse, 'caso concreto'. Es por sus propiedades que estas o estas otras razones son aplicables a los casos (individuales), o que estas o estas otras soluciones normativas son conciliables. La ponderación y su veredicto, por tanto, tiene siempre por objeto (si es razonable) casos genéricos -y a través de ellos, por supuesto, los casos individuales que caen bajo ellos- (la traducción es mía)". B. Celano, *Discutendo con Bruno Celano*, vol. II. *Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 140.

24 B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 106.

25 B. Celano, *¿Podemos elegir entre universalismo y particularismo?*, cit., p. 111.

26 B. Celano, *Discutendo con Bruno Celano: vol. II. Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*, cit., p. 143-144.

27 B. Celano, *¿Podemos elegir entre universalismo y particularismo?*, cit., p. 111. En una línea relacionada, Lilian Bermejo Luque, de la mano del modelo de argumento de Toulmin, al analizar la idea wittgensteniana de "seguimiento de reglas", sostiene que lo que hace que un hecho sea una (buena) razón para algo es que haya un condicional (verdadero/aceptable/necesario/razonable) que los vincule. Ese condicional sería la forma en que explicitamos lo que hacemos al inferir la conclusión a partir de las premisas. Así, tratar un hecho como una razón (o, para el caso, regla) requeriría dar por bueno ese condicional. Para la autora, la propuesta wittgensteniana de que el seguimiento de reglas implica la idea de que "resulta evidente" su poder justificatorio, da cuenta del núcleo particularista ineliminable del razonamiento práctico (intercambio con la autora).

residuo no eliminable del particularismo ético en un sistema jurídico basado en el RoL<sup>28</sup>.

El argumento de Celano parte del hecho de que, en nuestros contextos de acción, enfrentamos que: (i) no puede ser descartada la posibilidad de error en la identificación de cuáles son las razones relevantes (nuestras capacidades cognitivas son limitadas); y (ii) la posibilidad de error nos afecta no sólo a nosotras mismas al preguntarnos qué razones para la acción tenemos, sino a quienes toman decisiones por nosotras (a la cual refiere como la “no trascendibilidad del poder decisorio”)<sup>29</sup>. Se plantea, entonces, la cuestión de cómo lidiar con esta posibilidad de error y el hecho de ser objeto de decisiones ajenas, ya que el derecho de manera típica otorga poder decisorio para dirimir controversias a agentes y órganos específicos.

El ideal del *Rule of Law*, según el cual el derecho debe aspirar a regular la conducta de sus destinatarios a través de reglas preexistentes a la acción a ser juzgada, busca ofrecer una respuesta a cómo lidiar con estos problemas<sup>30</sup>. Celano resalta que tal ideal establece un mecanismo neutral para la distribución y control del poder decisorio social, en el sentido que posibilita el desarrollo de expectativas mutuas relativamente estables, lo cual permite la toma de decisiones autónomas y el respeto por la dignidad humana<sup>31</sup>. Se respeta la dignidad de sus destinatarios, ya que les trata como sujetos adultos y racionales que pueden comprender lo que les ha sido requerido de manera directa, sin recurrir a manipulaciones de ningún tipo<sup>32</sup>. Se respeta su autonomía en tanto que indica a sus destinatarios lo que le es requerido de manera anticipada de modo claro, público y relativamente estable, tornando posible la formación de expectativas y de planes de vida<sup>33</sup>. Esto justificaría la adopción de un modelo de decisión basado en reglas. Cabe añadir que, esto necesariamente incluye comprender que se trata de un modelo de decisión sub-óptimo, dado que supone que habrá casos en los cuales la aplicación

---

<sup>28</sup> B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 134.

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 112 y ss. Esta característica, a su vez, lo haría sostener la tesis del carácter nomodinámico del derecho; B. Celano, *Discutendo con Bruno Celano*, vol. II. *Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*, cit., p. 57, 69, 299.

<sup>30</sup> B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 107 y ss.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 127 y ss.; B. Celano, *Positivismo jurídico normativo, neutralidad y Rule of Law*, en B. Celano, *El Gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 15-47.

<sup>32</sup> B. Celano, *Positivismo jurídico normativo, neutralidad y Rule of Law*, cit., p. 35.

<sup>33</sup> B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 127 y ss. Para una reconstrucción clara de las ideas de Celano sobre esta cuestión, ver G. Pino, *Celano sul Rule of Law: il tassello mancante*, en Maldonado M. y Luque P. (eds), *Discutendo con Bruno Celano: vol. I Contributi*, Marcial Pons, Madrid, p. 287.

de la regla lleve a resultados erróneos (los casos de sobre e infrainclusión, teniendo en cuenta su justificación subyacente o las razones relevantes)<sup>34</sup>.

Esto parecería sugerir que Celano entiende a las reglas jurídicas como condicionales inderrotables, pero esto no es así, seguramente no en el contexto de nuestros sistemas jurídicos constitucionales, pero no tan sólo<sup>35</sup>. Para Celano desde una visión particularista las normas jurídicas no pueden ser entendidas sino como normas derrotables. Sostiene que habrá casos concretos en los cuales la aplicación subsuntiva de las reglas generará resultados absurdos, irrazonables, injustos, que llevará a su reconsideración<sup>36</sup>. Así, Celano sostiene que las reglas incorporan (o es correcto que incorporen) *defeaters* (principios, causas de justificación, cláusulas generales), que habilitan a reabrir el balance de las razones subyacentes<sup>37</sup>. Esto significa que puede ser razonable que, en ciertas circunstancias extraordinarias, haya que dejar de lado el ideal del *Rule of Law* (entendido en términos formalistas)<sup>38</sup>.

Mi impresión es que, junto con esta tesis adicional, Celano renuncia al modelo de distribución y control de poder decisorio que prometían las normas jurídicas entendidas como reglas. Esto porque, según su planteo, el razonamiento particularista no queda reducido a la decisión contextual si es o no deseable ser guiado mediante reglas. Según Celano, las reglas se aplican solo a casos normales,<sup>39</sup> y esto implica que, finalmente, el monitoreo moral (particularista) de las reglas será siempre necesario para la determinación si se está ante un caso de este tipo<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 111. Lo asumido aquí es que las acciones requeridas por las reglas, normalmente reflejan o cristalizan lo que debería ser realizado según el balance de razones de primer orden relevantes; cfr. B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 116 y 123.

<sup>35</sup> B. Celano, *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, cit., p. 36 y ss.

<sup>36</sup> B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 129 y ss.

<sup>37</sup> Ivi, p. 129 y ss. Celano nombra a la teoría del derecho que da cuenta de estos dos aspectos que deben estar presentes en la comprensión del derecho como "positivismo normativo inclusivo o includente", pero no estoy interesada en detenerme en la plausibilidad de esta categorización en este momento.

<sup>38</sup> B. Celano, *Discutendo con Bruno Celano: vol. II. Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*, cit., p. 288-9.

<sup>39</sup> B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 117; B. Celano, *Discutendo con Bruno Celano: vol. II. Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*, cit., p. 130.

<sup>40</sup> Una línea de argumentación similar fue desarrollada por A. Schiavello, *La botte piena e la moglie umbriaca, ovvero: i limiti del positivismo giuridico normativo di Bruno Celano*, en M. Maldonado y P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano: vol. I Contributi*, Marcial Pons, Madrid, p. 353-276. Más allá de mi coincidencia con algunas de las críticas que formula a las tesis de Celano, me sorprendió la metáfora a la que apela el autor para mostrar su punto. Sostiene que Celano aspira a quedarse con "la botte piena e la moglie umbriaca" (la botella llena y la mujer borracha), como si ambas fuesen cosas valiosas de poseer, y Celano no quisiese resignar ninguna. Poco tiempo atrás, con motivo de la edición

Celano no articula qué entiende por caso normal, y una reflexión sobre si se está o no frente a un caso de este tipo es contextual<sup>41</sup>. En sus palabras:

¿Bajo que condiciones, precisamente? Este es el primer problema de la reconsideración. Y, como he dicho, si el particularismo tiene razón no se puede establecer en general -si no es mediante cláusulas más o menos vacuas- cuándo una regla debe ser reconsiderada. De lo que se sigue que, si el particularismo tiene razón, no hay, y no tiene sentido ir a la búsqueda de una solución, en términos generales, de problemas de la reconsideración. Cuándo una regla debe ser reconsiderada depende, banalmente, de las circunstancias del caso individual. Esta conclusión es frustrante, lo reconozco. Pero no veo ninguna escapatoria a ella<sup>42</sup>.

---

completa que llevé adelante del debate entre Robert Alexy y Eugenio Bulygin sobre la pretensión de corrección del derecho, llamó mi atención el paralelo que Bulygin traza entre la pretensión de corrección del derecho y la pretensión de belleza de la mujer, asumiendo que todas las mujeres aspirábamos a la belleza, pero que si no la poseíamos no por eso dejábamos de ser mujeres (cfr. E. Bulygin, “La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre derecho y moral” en P. Gaido (ed.), *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Bulygin/Alexy sobre la relación entre derecho y moral*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n°18, Universidad de Externado, Bogotá, p. 92). Más llamó mi atención que recién en esta nueva edición del libro yo misma hubiese encontrado algo disonante en ella. En ambos casos me he preguntado, como profesora, qué impacto causaría en las camadas jóvenes su lectura, y si les ayudaría a comprender los conceptos en cuestión. Mi conclusión en ambos casos es que les alejaría de la comprensión de los argumentos, por ser metáforas muy lejanas al modo que actualmente tienen de representarse a sí mismas y su modo de relación social. Ya por esta razón, y puede seguramente haber otras, sería recomendable un replanteo sobre su uso en el futuro. Me parece oportuno el espacio que abre este foro para señalarlo.

<sup>41</sup> Aunque sostiene de manera explícita que su planteo depende de la existencia de reglas suficientemente determinadas, del mismo modo afirma que las excepciones a las reglas no son susceptibles de ser especificadas de antemano; cfr. B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, en cit., p. 130-1.

<sup>42</sup> Ivi, p. 132. O en términos similares: “Qual è questa misura? Come si stabilisce se il limite sia stato raggiunto o oltrepassato? Questa è una bella domanda, alla quale non so rispondere. O meglio, il positivismo giuridico normativo inclusivo, nella versione che propongo da combinazione di RoL e particolarismo etico, implica che non sia possibile stabilire in astratto, indipendentemente da contesti o problemi particolari, quale sia questa misura -fornire cioè, un criterio astratto di ragionevolezza, indipendente da contesti o problemi particolari. Implica, specificamente, che non sia possibile fornire un criterio astratto, indipendente da contesti o problemi particolari, in base al quale stabilire quando una regola sia da riconsiderare. La condizione chiave è che il caso non sia anormale. Mi rendo conto che questa conclusione è ben poco informativa, e alquanto frustrante. Ma mi pare che le cose stiano così.” B. Celano, *Discutendo con Bruno Celano: vol. II. Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*, cit., p. 290.

Lo que quiero subrayar es que su conclusión no es tan sólo frustrante, sino que el monitoreo moral requerido para evaluar si es procedente la reconsideración, por definición, implica dejar de tomar a esos requerimientos como reglas, cuya consideración como tales implica reconocerlas como un mecanismo subóptimo para la distribución y control de poder decisorio social. Mi punto no es que las normas jurídicas no tengan que ser entendidas como generalizaciones confiables de lo que es debido en el ámbito jurídico, revisables ante circunstancias excepcionales o extraordinarias. Tampoco estoy interesada en cuestionar aquí que las normas jurídicas, entendidas de este modo, sean susceptibles de ser conocidas en el contexto de su aplicación. Sino, más bien, que las razones particularistas de Celano para optar por un razonamiento universalista basado en reglas terminan en saco roto, dado que su concepción de la racionalidad práctica no admite tal mecanismo subóptimo de distribución y control de poder social. Por razones particularistas, el conocimiento de cuál es la calificación deóntica de una acción en el ámbito jurídico también se mantiene como una cuestión (parcialmente) abierta, que sólo es posible terminar de elucidar ante el caso individual a resolver. Ello reinstala las cuestiones relativas a la posibilidad de error en su conocimiento y la “no trascendibilidad del poder decisorio”, y, junto a ellas, el sentido en el cual el ideal del *Rule of law* es racionalmente realizable desde una perspectiva particularista.

## 2. Nuevamente sobre la mesa: la administración de poder decisorio

Si nunca es el caso que por razones particularistas sea posible dar lugar en el ámbito jurídico al razonamiento basado en reglas, entonces, no podría ser racional plantearse al ideal del *Rule of Law* entendido en términos formales como un ideal a ser alcanzado<sup>43</sup>. Si se admiten los presupuestos particularistas de Celano, parece que el ideal del *Rule of Law* que el derecho racionalmente puede aspirar a realizar no es uno formalista, sino uno que asuma un mecanismo de distribución y control del poder social diferente al que se aspira a realizar mediante reglas. Comprender a las normas jurídicas como condicionales derrotables reinstala las cuestiones relativas a la posibilidad de error en su conocimiento y la “no trascendibilidad” del poder decisorio. Y, junto a ellas, preguntas como: ¿quién

---

<sup>43</sup> Nótese, a su vez, que si el ideal del *Rule of Law* formalista aspira a ser un mecanismo para determinar y controlar a quiénes deciden sobre lo que es debido hacer, el universalismo, tal como fue caracterizado por Redondo, sería insuficiente para la configuración del tipo de distribución y control del poder social al cual el *Rule of Law* formalista aspira. Esto porque, según el planteo de Redondo, el tipo de razones a las cuales el universalismo daría lugar sería tan sólo *pro tanto*. Lo cual deja abiertas al menos dos preguntas; (i) cuál es el criterio en base al cual ponderar diversas razones *pro tanto* en pugna; (ii) cómo distribuir y controlar esa decisión final. A partir de ellas, Celano cuestiona que un universalismo entendido en los términos que propone Redondo sea significativamente distinguible de su propuesta particularista; cfr. B. Celano, *¿Podemos elegir entre universalismo y particularismo?*, cit., p. 125-6.

decide si es el caso que hay que reconsiderar la regla?, ¿quién decide cómo aplicar un cierto *defeater*? Si la incorporación de *defeaters* a las reglas hace que ya no sea posible saber por anticipado cuál es la norma aplicable, queda por responder qué diseño institucional y procedimiento tiene mayor capacidad para tramitar esa determinación, de modo tal que la igual autonomía y dignidad de las personas sean respetadas. Celano mismo deja estas preguntas explícitamente formuladas, y sin respuesta, pero como si fuesen cuestiones periféricas,<sup>44</sup> cuando, a mi entender, irrumpen en el centro de su planteo, y ponen en cuestión la concepción de *Rule of law* de la cual parte.

Para concluir, como he intentado mostrar la concepción particularista del razonamiento práctico y jurídico, sostenida por Celano, no es compatible con una concepción del ideal de *Rule of law* formalista, que presupone la posibilidad de la existencia de reglas, como mecanismo subóptimo de distribución y control del poder decisorio. Esto, sin embargo, no es lo mismo que concluir que el particularismo no es compatible con el ideal del *Rule of law*, en absoluto. Quizás tan sólo sea requerido asumir del mismo una concepción alternativa, que ponga el acento en la dimensión procedimental, que tome en serio y de respuesta al hecho que es requerido diseñar un espacio institucional que aloje las argumentaciones necesarias en la reconsideración de las generalizaciones normativas en principio aplicables, como una condición para el respeto de la igual autonomía y dignidad humana.<sup>45</sup>

### 3. Breve reflexión final

Encontrarme con los textos de Celano ha sido una experiencia muy grata. Fue un encuentro con las ideas de quien parecía no dar tregua a la búsqueda de la mejor forma de articular su comprensión del razonamiento práctico y jurídico. Sin embargo, quizás lo que más me llamó la atención en el modo de exponer sus argumentos fue su manera generosa y honesta de hacerlo, poniendo una y otra vez sobre la mesa los extremos de sus argumentos que lo dejaban a él mismo insatisfecho y perplejo, quizás porque lo que predominaba en él no era la vocación de vencer en la disputa teórica, sino la de poder pensar mejor.

---

<sup>44</sup> B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, cit., p. 132.

<sup>45</sup> Un desarrollo de esta alternativa excede el alcance de este trabajo. Jeremy Waldron pareciera estar lidiando también con el mismo problema en J. Waldron, *Thoughtfulness and the rule of law*, Harvard University Press, Cambridge, 2023, en particular, ver capítulos 3 y 7. Para una reflexión sobre el diseño institucional requerido una vez que se detecta que las reglas jurídicas no ofrecen una respuesta final a la distribución y control de poder decisorio en el ámbito de nuestras democracias constitucionales, cfr. R. Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2021.

## Bibliografía

- E. Bulygin, “La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre derecho y moral” en P. Gaido (ed.), *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Bulygin/Alexy sobre la relación entre derecho y moral*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nº 18, Universidad de Externado, Bogotá, p. 85-93. (reimp. en P Gaido (ed.) *La pretensión de corrección del derecho. La polémica completa entre Alexy y Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad de Externado, Bogotá, 2022, p. 131-9)
- B. Celano, ‘Defeasibility’ e bilanciamento. *Sulla possibilità di revisioni stabili*, en *Diritti&questioni pubbliche*, 2002, Vol. 2, p. 34-46
- B. Celano, *¿Podemos elegir entre universalismo y particularismo?*, en *Discusiones*, 2005, Vol. 5, p. 101-128
- B. Celano, *Discutendo con Bruno Celano, vol. II. Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, 2020
- B. Celano, *Prefacio*, en B. Celano, *El Gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 11-14
- B. Celano, *Positivismo jurídico normativo, neutralidad y Rule of Law*, en B. Celano, *El Gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 15-47
- B. Celano, *Rule of Law y particularismo ético*, en B. Celano, *El Gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 101-137
- P. Gaido, R. Sánchez Bridigo, H. Seleme (eds.), *La relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad de Externado, Bogotá, 2003
- R. Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2021
- G. Pino, *Celano sul Rule of Law: il tassello mancante*, en M. Maldonado y P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano: vol. I Contributi*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 385-398
- C. Redondo, *Razones y normas*, en *Discusiones*, Vol. 5, 2005, p. 29-66

C. Redondo, *Razones jurídicas. Respuesta a Caracciolo, Celano y Moreso*, en *Discusiones*, Vol. 5, 2005, p. 129-192

J. Rodríguez, *Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos*, en *Discusiones*, 2005, Vol. 5, p. 9-27

A. Schiavello, *La botte piena e la moglie ubriaca, ovvero: i limiti del positivismo giuridico normativo di Bruno Celano*, en M. Maldonado y P. Luque (eds.), *Discutendo con Bruno Celano: vol. I Contributi*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 353-276

J. Waldron, *How law protects dignity*, en J. Waldron, *Thoughtfulness and the rule of law*, Harvard University Press, Cambridge, 2023, p. 75-95



**Celano e lo Stato di diritto:  
una questione di gradualità**  
Celano and the Rule of Law:  
A Matter of Graduality

MARIA VICTORIA KRISTAN

Marie Skłodowska-Curie- Eutopia SIF

University of Ljubljana

[victoria.kristan@pf.uni-lj.si](mailto:victoria.kristan@pf.uni-lj.si)

---

ABSTRACT

---

Il presente lavoro analizza il contributo offerto da Bruno Celano alla riflessione sullo Stato di diritto, mettendo in luce la sua interpretazione illuminista e l'enfasi che l'autore pone su un modello di regole volte a limitare l'arbitrarietà del potere. Muovendo dall'analisi di Celano, questo studio tratta la questione della violazione dello Stato di diritto, differenziando tra la violazione dell'ideale morale e delle norme giuridiche, e tra violazioni semplici e complesse. Attraverso un'indagine sulla gradualità e la complessità che caratterizzano lo Stato di diritto, verrà sviluppata una categoria di violazioni capace di riflettere l'organicità dello Stato di diritto e l'interconnessione tra i suoi singoli componenti. Il lavoro si conclude con il vaglio delle implicazioni di queste violazioni, sia sotto il profilo dell'impatto immediato, sia degli effetti sistemici, sottolineando l'importanza di una



DOI: 10.54103/milanlawreview/24210

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

comprensione approfondita dello Stato di diritto per affrontare le sfide alla sua integrità.

**Parole chiave:** Stato di diritto; Celano (Bruno); violazione dello Stato di diritto; carenze dello Stato di diritto.

This paper analyzes the contribution of Bruno Celano to the reflection on the rule of law, highlighting his Enlightenment interpretation and the emphasis the author places on a model of rules aimed at limiting the arbitrariness of power. Starting from Celano's analysis, this study addresses the issue of violations of the rule of law, differentiating between violations of the moral ideal and legal norms, and between simple and complex violations. Through an investigation into the graduality and complexity that characterize the rule of law, a category of violations will be developed that reflects the organic nature of the rule of law and the interconnection between its individual components. The work concludes with an examination of the implications of these violations, both in terms of immediate impact and systemic effects, emphasizing the importance of a deep understanding of the rule of law to address challenges to its integrity.

**Keywords:** Rule of law; Bruno Celano; violations of the rule of law; deficiencies of the rule of law.

---

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

## Celano e lo Stato di diritto: una questione di gradualità\*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Due standard di Stato di diritto – 3. La graduabilità del soddisfacimento dello Stato di diritto – 4. Conclusione.

### 1. Introduzione

Il contributo di Bruno Celano alla riflessione sullo Stato di diritto è ricco e svolge un ruolo fondamentale ai fini della comprensione del suo ruolo, dei suoi valori e anche dei suoi punti deboli. L'autore ha sviluppato in numerose opere<sup>1</sup> la sua concezione, elaborando un modello che insiste sull'esistenza di collegamento necessario tra teoria del diritto e teoria politica<sup>2</sup> da analizzare sulla base delle possibili relazioni fra diritto e potere. In generale, il paradigma di Stato di diritto proposto da Celano enfatizza il ruolo di alcune caratteristiche, prevalentemente formali, capaci di limitare il potere arbitrario dei governanti<sup>3</sup>. In tale visione, lo Stato di diritto diviene una modalità particolare di esercizio del potere all'interno un gruppo sociale, il quale, a sua volta, limita il potere e protegge i cittadini dai suoi abusi.

---

\* Questa ricerca è stata supportata dal Programma EUTOPIA Science and Innovation Fellowship ed è stata finanziata dal programma Horizon 2020 dell'Unione Europea nell'ambito dell'accordo di sovvenzione Marie Skłodowska-Curie n. 945380. Sono grata agli organizzatori e ai partecipanti della conferenza *En Teoría Hay Mujeres (En Teoría)*, che si è svolta il 7 e 8 luglio 2023 presso l'Università di Milano. Ringrazio Fiammetta Campana per la correzione linguistica.

<sup>1</sup> In particolare: B. Celano, *Liberal Multiculturalism, Neutrality and the Rule of Law* in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2011, Vol. 11, p. 559-599; B. Celano, *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law* in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, Vol. 2, p. 405-426; B. Celano, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in J. Ferrer, J.J. Moreso e D. Papayannis (a cura di), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013, p. 175-202; B. Celano, *Law as Power: Two Rule of Law Requirements*, in W. Waluchow e S. Sciaraffa (a cura di), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 129-151; B. Celano, *Publicity and the Rule of Law*, in L. Green e B. Leiter (a cura di), *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 2*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 122-147; B. Celano, *Rule of Law e particolarismo etico*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 237-285; B. Celano, *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

<sup>2</sup> B. Celano, *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law*, cit., p. 405-426; A. Schiavello, *La botte piena e la moglie ubriaca, ovvero: i limiti del positivismo giuridico normativo di Bruno Celano*, in M. Maldonado e P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 254.

<sup>3</sup> A. Schiavello, *La botte piena e la moglie ubriaca*, cit., p. 265.

In questo senso, nei suoi scritti, l'autore opera una ricostruzione concettuale dell'ideale dello Stato di diritto proponendo un modello di regole<sup>4</sup>. Dal punto di vista formale, o come scrive Celano<sup>5</sup> nella prefazione al suo libro *El gobierno de las leyes*, tale ricostruzione propone un approccio particolare, essenziale, schematico e rigoroso, tramite il quale l'ideale di Stato di diritto si configura, in termini waldroniani, come una *laundry list* che include un insieme di requisiti formali e desiderata procedurali e istituzionali. In tal modo il suo modello di regole si identifica con il modello che Fuller ha descritto per primo,<sup>6</sup> il quale elenca otto requisiti formali dello Stato di diritto<sup>7</sup>, in ragione dei quali le norme giuridiche devono essere 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) tra loro non contraddittorie; 6) non devono richiedere cose impossibili; 7) non devono essere soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi, 8) deve esistere congruità tra ciò che il diritto dichiara e il modo in cui viene di fatto amministrato.

I desiderata procedurali e istituzionali, invece, costituiscono un insieme aperto<sup>8</sup> comprendente, ad esempio, l'imparzialità giudiziaria, la possibilità di accesso alle corti, il diritto al contraddittorio, ecc. Queste condizioni devono essere soddisfatte affinché l'impresa di "guidare il comportamento umano mediante regole" possa generalmente avere successo. In tal modo, gli elementi costitutivi dello Stato di diritto definiscono un ideale che gli ordinamenti giuridici possono soddisfare. I requisiti e gli specifici desiderata hanno il ruolo di consentire, in modo più o meno diretto, la realizzazione dell'obiettivo di guidare il comportamento umano attraverso le regole. Oppure, seguendo Schiavello<sup>9</sup>, nell'accezione illuminista di Celano, lo Stato di diritto rappresenterebbe, allo stesso tempo, un modo di organizzazione del potere e una garanzia dal potere per gli individui. Inoltre, dalla descrizione di Celano emerge la preferenza per l'attribuzione del compito decisionale al potere legislativo, anziché al potere giudiziario<sup>10</sup>. In quanto

---

<sup>4</sup> L'ideale di Stato di diritto proposto da Celano è stato ampiamente commentato all'interno della nostra comunità accademica, in particolare A. Schiavello, *Il rule of law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 109-133. Si vedano anche i contributi raccolti in M. Maldonado e P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, cit., come ad esempio: J.J. Moreso, *Con il piombino di Lesbo. Celano su Rule of Law e particolarismo*, p. 185; A. Schiavello, *La botte piena e la moglie ubriaca, ovvero: i limiti del positivismo giuridico normativo di Bruno Celano*, p. 253-276; G. Pino, *Celano sul Rule of Law: il Tassello Mancante*, p. 385-398; I. Lifante Vidal, *Pubblicità, positivismo e Rule of Law*, p. 399.

<sup>5</sup> B. Celano, *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, cit.

<sup>6</sup> L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven/London, 1964 (1969).

<sup>7</sup> Cfr. ad es. B. Celano, *Rule of Law e particolarismo etico*, cit., p. 238.

<sup>8</sup> B. Celano, *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, cit., p. 102.

<sup>9</sup> A. Schiavello, *La botte piena e la moglie ubriaca*, cit., p. 253-276.

<sup>10</sup> Come spiega Giorgio Pino (in *Celano sul Rule of Law: il tassello mancante*, cit., p. 388) nel diritto moderno le regole o le prescrizioni che hanno le caratteristiche auspiccate dall'ideale

modello consistente nell'assoggettamento della condotta umana a regole, lo Stato di diritto assicura un livello minimo di rispetto della dignità e dell'autonomia dei destinatari delle norme giuridiche<sup>11</sup>.

In altre parole, ciò garantisce che la positivizzazione giuridica dello Stato di diritto rispecchi, in una certa misura, l'ideale morale dello Stato di diritto. In tal modo, i destinatari delle norme potranno prevedere sia il comportamento delle istituzioni pubbliche sia dei loro concittadini<sup>12</sup>. Schiavello<sup>13</sup> commenta come segue l'ideale di Celano: come il coltello serve a tagliare, così la legge serve a orientare il comportamento; un coltello affilato taglia meglio di uno smussato e così una legge che rispetta l'ideale dello Stato di diritto guida il comportamento meglio di una legge che non lo rispetta.

Celano ci fornisce in questo modo un apparato concettuale per comprendere quali siano i requisiti formali e i desiderata procedurali e istituzionali e quale sia il loro ruolo. A questo punto, l'obiettivo del presente lavoro non è valutare l'apparato concettuale di Celano, ma utilizzarlo e, laddove necessario, completarlo, al fine di dare una risposta alla seguente domanda: cosa significa violare lo Stato di diritto? Tali violazioni sono, infatti, una questione politica molto controversa degli ultimi anni, segnata da disaccordi istituzionali, indeterminazione e dall'adozione di nuovi strumenti giuridici, come la clausola che stabilisce la condizione del rispetto dello Stato di diritto per ottenere l'accesso ai fondi europei.

## 2. Due standard di Stato di diritto

Il modello dello Stato di diritto proposto da Celano mi permette di introdurre la distinzione tra due standard dello Stato di diritto, cioè: l'ideale morale dello Stato di diritto e la sua estensione giuridicamente positivizzata. Il primo (morale) è un insieme di desiderata che i sistemi giuridici moralmente buoni si sforzano di realizzare. Il secondo (giuridico), invece, consiste nella trasposizione dell'ideale morale nella realtà giuridica mediante un diritto costituito

---

dello Stato di diritto (pubblicità, generalità, stabilità, ecc.) sono tipicamente di rango legislativo. Nella legislazione, secondo Celano, si esemplifica l'atto di emanare prescrizioni pubbliche, generali ecc., e si pone in essere una relazione prescrittiva tra il *law-giver*, il legislatore (l'autore della prescrizione) e il cittadino (destinatario della prescrizione).

<sup>11</sup> B. Celano, *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, cit., 2022, p. 53.

<sup>12</sup> Per Celano il positivismo giuridico normativo è legato alla neutralità realizzata mediante lo Stato di diritto. La neutralità consiste nel fatto che lo Stato di diritto illuminista si propone di tutelare le aspettative reciproche degli individui (B. Celano, *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, cit., p. 24-30). Vedere A. Schiavello, *La botte piena e la moglie ubriaca*, cit., p. 267.

<sup>13</sup> A. Schiavello, *La botte piena e la moglie ubriaca*, cit., p. 266.

principalmente (ma non solo) da regole<sup>14</sup>. Tuttavia, un particolare sistema di diritto positivo è meno di un insieme completo di desiderata di una particolare concezione morale dello Stato di diritto. La distinzione tra i due standard, spesso trascurata, spiega perché l'atto di un'autorità giuridica o politica, valutata alla luce dei criteri dello Stato di diritto, può essere carente dal punto di vista morale ma soddisfacente in prospettiva giuridica.

La distinzione tra l'ideale morale di Stato di diritto e la sua attuazione giuridica conduce alla differenziazione tra "violazioni morali" dello Stato di diritto, da un lato, e "violazioni giuridiche", dall'altro. Le prime sono, evidentemente, violazioni dei desiderata morali, mentre le seconde sono violazioni delle regole e dei principi che traducono i desiderata morali in diritto positivo.

La differenza tra violazioni morali e giuridiche dello Stato di diritto è forse meglio descritta dalla distinzione tra la moralità dell'aspirazione e la moralità del dovere di Lon Fuller. Secondo Fuller<sup>15</sup>, laddove la moralità dell'aspirazione si riferisce a un ideale e, quindi, si concentra sulla ricerca dell'eccellenza, la moralità del dovere riguarda obblighi e requisiti. Quest'ultima, anziché stabilire un ideale di eccellenza, pone uno standard minimo allo scopo di evitare danni.

Questa differenza tra i due standard diventa chiara quando tentiamo di definire il concetto morale di violazione dello Stato di diritto e il suo corrispettivo giuridico tramite il loro opposto, il quale è il rispetto, il soddisfacimento o la conformità. Intendo dimostrare che i concetti di violazione e soddisfacimento (rispetto o conformità) formano due diversi tipi di relazioni oppositive (nello specifico, l'opposizione di contrari e l'opposizione di contraddittori), a seconda del contesto (morale o giuridico) a cui ci riferiamo.

Nel paradigma aspirazionista, la violazione di un ideale comporta necessariamente la mancata realizzazione di esso. Tuttavia, tale tipo di violazione non equivale in tutti i casi alla negazione del valore. Se definiamo il concetto di violazione morale dello Stato di diritto come la negazione dell'ideale e il concetto di soddisfacimento come la realizzazione dell'ideale, arriviamo alla conclusione che violazione e soddisfacimento formano *un'opposizione di contrari*. In altre parole: è impossibile che lo Stato di diritto come ideale morale sia violato e soddisfatto allo stesso tempo, ma è possibile che l'ideale non sia né violato né soddisfatto. *Tertium datur*, come vedremo tra un momento.

Al contrario degli ideali, *non* è possibile che le regole e i principi non siano né violati né soddisfatti (osservati), ed è anche impossibile che siano violati e soddisfatti allo stesso tempo. In altre parole, si deve concludere che la violazione e il soddisfacimento delle regole e dei principi giuridici, che consacrano l'ideale

---

<sup>14</sup> B. Celano, *Rule of Law e particolarismo etico*, cit., p. 245: "Ciò che lo Stato di diritto esige sono regole, norme generali e astratte, precostituite rispetto al caso individuale sottoposto a decisione".

<sup>15</sup> L. Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 3-32.

morale dello Stato di diritto, formano un'opposizione di contraddittori, non di contrari.

Inoltre, le violazioni dello Stato di diritto sono contestuali. Questo significa che un particolare stato di cose A, che in un sistema giuridico costituisce la violazione di un particolare requisito dello Stato di diritto in circostanze C1, non costituisce necessariamente una violazione dello stesso parametro in circostanze C2.

Questa idea alquanto complessa può essere facilmente spiegata se si considera che molti dei desiderata morali dello Stato di diritto sono tradotti in diritto positivo nella forma di principi. Seguendo Robert Alexy, i principi sono meglio intesi come *mandati di ottimizzazione* a differenza delle regole, che sono i cosiddetti mandati definitivi. In altri termini, 2i principi sono norme che richiedono che qualcosa sia realizzato nella massima misura possibile, date le possibilità fattuali e legali disponibili<sup>16</sup>, mentre le regole esigono che qualcosa sia eseguito esattamente.

Comprendere i principi come mandati di ottimizzazione ha come implicazione che l'assolvimento di quanto richiesto dal mandato da parte dei destinatari dipende dai mezzi o dalle risorse disponibili. In altre parole, le risorse della comunità in questione determinano la soglia delle violazioni morali e giuridiche dello Stato di diritto in quella comunità. Questo ci porta al prossimo argomento di questo articolo: la complessità e la gradualità che caratterizzano lo Stato di diritto.

### 3. La graduabilità del soddisfacimento dello Stato di diritto

Secondo quanto osservato da Giorgio Pino<sup>17</sup> nel suo commento a Celano, lo standard dello Stato di diritto è doppiamente relativo: in primo luogo, lo è perché i requisiti sopra descritti, necessari alle regole e ai principi giuridici per soddisfare l'ideale morale dello Stato di diritto, possono essere posseduti dalle norme in misura maggiore o minore (in tal senso, esistono vari gradi di rispetto dello Stato di diritto). In secondo luogo, trattandosi di uno standard suscettibile di entrare in competizione con altri valori etico-politici, è relativo perché presenta anche la qualità di essere recessivo. Il carattere relativo, gli elementi che costituiscono lo Stato di diritto sono complementari, nel senso che hanno valore in quanto unità organica<sup>18</sup>. Lo Stato di diritto non è la panacea per tutti i mali e non è un valore assoluto. In questo lavoro mi concentrerò sulla prima accezione di relatività dello Stato di diritto, cioè sul carattere di gradualità delle caratteristiche formali e dei desiderata istituzionali che l'ideale morale dello Stato di diritto impone

---

<sup>16</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, 2010, p. 100-107.

<sup>17</sup> G. Pino, *Celano su Rule of Law: il tassello mancante*, in M. Maldonado e P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, cit., p. 387

<sup>18</sup> J.J. Moreso, *Estado de Derecho*, in I. González Ricoy e J. Queralt (a cura di), *Razones públicas: Una introducción a la filosofía política*, 2021, p. 258-279.

all'ordinamento giuridico positivo. In ragione di questa gradualità, le norme, pur presentando requisiti tali da soddisfare l'ideale morale dello Stato di diritto, possono realizzarlo in misura maggiore o minore.

La gradualità dello Stato di diritto è un aspetto che spiega anche la complementarità dei suoi elementi. Pertanto, lo Stato di diritto non è uno standard binario, ma piuttosto un insieme di una serie di caratteristiche che i sistemi giuridici possono incorporare a vari livelli. Tuttavia, se lo standard dello Stato di diritto può essere soddisfatto in vari gradi,<sup>19</sup> ciò rappresenta un problema quando si deve valutare se siano avvenute delle violazioni e quale sia la loro entità, in ragione dell'indeterminatezza insita nella gradualità. Ora, proprio come un coltello può essere più o meno affilato, il diritto può soddisfare in misura maggiore o minore l'ideale morale dello Stato di diritto. Celano rende esplicito questo punto<sup>20</sup> ma non lo sviluppa, o, utilizzando l'espressione di Isabel Lifante Vidal,<sup>21</sup> tale aspetto rimane un punto dimenticato. Propongo ora, dunque, di utilizzare il coltello del metodo analitico e di costruire una tipologia di violazioni dello stato di diritto capace di riflettere la gradualità delle sue esigenze formali e dei desiderata istituzionali<sup>22</sup>.

Che i requisiti e i desiderata dello Stato di diritto siano gradualità implica che (a) la gradualità può essere considerata sia isolatamente (cioè, prendendo in considerazione un solo elemento), sia (b) attraverso la connessione delle parti. Considerare lo standard di Stato di diritto come un'unità organica permette di spiegare le due sopracitate possibilità. In questo senso, José Juan Moreso<sup>23</sup>, prendendo come base i lavori di George Edward Moore<sup>24</sup> e di Jonathan Dancy (2003),<sup>25</sup> spiega che il valore dello Stato di diritto si presenta spesso come un'unità organica; ciò implica l'esistenza di una differenza tra il valore del tutto e il valore delle sue parti. Così argomenta Dancy<sup>26</sup> riguardo alla teoria mooreana delle unità organiche, dove scrive che "Le parti possono contribuire con maggiore o minore

---

<sup>19</sup> A. Kristan, *Desde el Estado hasta la ideología judicial: Antimanual*, Palestra, Lima, 2017.

<sup>20</sup> B. Celano, *Rule of Law e Principi* (I. Lifante Vidal), in M. Maldonado e P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano V. II*, cit., p. 308.

<sup>21</sup> I. Lifante Vidal, *Pubblicità, positivismo e Rule of Law*, cit., p.406.

<sup>22</sup> Su questo punto, Isabel Lifante Vidal critica Celano. Come visto, il nostro autore sostiene che lo Stato di diritto deve intendersi come un insieme di caratteristiche formali e istituzionali che possono essere soddisfatte in misura maggiore o minore. Si tratta, pertanto, di proprietà possedute in modo graduale. Tuttavia, sembra che, nello sviluppare le sue tesi, egli finisca per dimenticare la caratteristica della gradualità. Infatti, Celano, nel corso del suo lavoro, sembra voler trovare un modo di definire la pubblicità (uno dei requisiti dello Stato di diritto) ricercando la presenza o meno di qualche elemento che sia in grado di soddisfarlo o no (applicando un modello basato sul tutto o niente).

<sup>23</sup> J.J. Moreso, *Estado de Derecho*, cit., p. 258-279.

<sup>24</sup> G.E. Moore, *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

<sup>25</sup> J. Dancy, J., *Are there organic unities?* in *Ethics*, 2003, Vol. 113, n. 3, p. 629-650.

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 629.

valore di quello che avrebbero da sole”. Moore<sup>27</sup> si esprime in questo modo: “Non si deve assumere che il valore dell’intero sia lo stesso della somma del valore delle sue parti”. Da tale affermazione, deriva la conseguenza che è possibile che il valore del tutto differisca dalla somma dei valori delle sue varie parti. Ciò, insieme all’accettazione dell’affermazione che le parti conservano il loro valore intrinseco indipendentemente dai cambiamenti nel contesto, porta Moore a sostenere che una parte può apportare al tutto più o meno valore di quello che ha di per sé<sup>28</sup>. Così, il valore del tutto non equivale al valore delle parti che lo costituiscono. Quindi, dando seguito a questa proposta, il valore dello Stato di diritto, considerato come un tutto, è maggiore del valore della somma dei singoli elementi. Ciò avviene perché le parti sono reciprocamente dipendenti e dispiegano completamente le loro qualità solo quando costituiscono un insieme. Ora, se prendiamo in considerazione il carattere di gradualità nella soddisfazione o nella violazione delle condizioni dello Stato di diritto insieme alla nozione di unità organica, vediamo che entrambe le nozioni si completano. In questo modo lo Stato di diritto appare come un sistema dove ogni parte contribuisce, in maggiore o minore misura, al valore generale in un modo che non potrebbe fare isolatamente, fornendoci una base per costruire un’ulteriore tipologia di violazioni dello Stato di diritto.

Ora, consideriamo una qualunque concezione morale dello Stato di diritto che sia caratterizzato dalla complessità e dalla gradualità. In altre parole, immaginiamo che l’ideale possa essere suddiviso in vari gradi o livelli composti da uno o più desideri e requisiti. Il sistema giuridico a cui ci riferiamo integra questo ideale morale fino a un certo punto. Gli specifici mandati di ottimizzazione (cioè) e mandati definitivi (cioè regole), che traducono alcuni desiderata e requisiti dell’ideale morale nel diritto positivo, determinano il suo grado di attuazione giuridica. Introduciamo tre livelli ipotetici di risorse disponibili per la comunità: A, B e C. Essi rappresentano le risorse materiali e non materiali a disposizione della comunità per implementare e sostenere lo Stato di diritto. Il livello delle risorse disponibili gioca un ruolo cruciale nel determinare quale sia la soglia delle violazioni dello Stato di diritto all’interno della comunità. Se un particolare stato di cose si trova al di sotto di questa soglia (cioè, se non sono state utilizzate tutte le risorse disponibili per il soddisfacimento di un requisito dello Stato di diritto), ciò costituisce una violazione *stricto sensu* dello Stato di diritto, sia sotto il profilo giuridico che morale. Tuttavia, se sono state utilizzate tutte le risorse disponibili ma comunque lo stato di cose non soddisfa pienamente i requisiti giuridici e/o morali dello Stato di diritto, si è in presenza di una carenza.

Sulla base di questa spiegazione, è possibile riconoscere due tipi di carenze: carenze giuridiche e carenze (meramente) morali. Un particolare stato di cose manifesta una carenza giuridica quando lo standard giuridico dello Stato di diritto

---

<sup>27</sup> G.E. Moore, *Principia Ethica*, cit., p. 28.

<sup>28</sup> J. Dancy, *Are there organic unities?*, cit., p. 630.

non è raggiunto nonostante il pieno utilizzo delle risorse disponibili alla comunità di riferimento. Al contrario, si tratta di una carenza (meramente) morale quando viene raggiunto lo standard giuridico, ma nonostante il pieno utilizzo delle risorse disponibili alla comunità non viene raggiunto lo standard morale.

Le violazioni *stricto sensu* e le carenze dello Stato di diritto sono due tipi di violazioni *lato sensu*. Queste possono essere semplici o complesse, dipendendo del numero di requisiti che non sono stati soddisfatti. Una violazione o una carenza dello Stato di diritto è considerata semplice quando si ha la violazione *lato sensu* di un solo elemento o si assiste alla mancanza di rispetto o alla contravvenzione di un singolo aspetto dello Stato di diritto.

Al contrario, si hanno violazioni e carenze complesse, se restano insoddisfatti due o più requisiti dello Stato di diritto. Le violazioni e carenze complesse non sono date semplicemente da una somma di violazioni e carenze semplici, ma producono effetti che intaccano più profondamente l'integrità dello Stato di diritto: non si esauriscono nella mera aggregazione di violazioni e carenze di singoli requisiti, ma si intrecciano in modi che compromettono significativamente la sua totalità.

La gravità delle violazioni e le carenze complesse possono essere valutate alla luce del concetto di unità organica, in quanto una violazione o una carenza in una parte può riverberarsi sull'intero quadro giuridico. Tale interconnessione assicura che le ripercussioni delle violazioni e le carenze complesse siano maggiori rispetto a quelle delle violazioni e le carenze semplici. Inoltre, la gradualità dello Stato di diritto gioca un ruolo cruciale per la valutazione della gravità di tali violazioni *lato sensu*. Tale caratteristica suggerisce che la gravità delle violazioni e carenze cresce con l'aumentare del numero di elementi compromessi. Di conseguenza, le violazioni *lato sensu* che coinvolgono più elementi dello Stato di diritto, specialmente quando questi elementi sono strettamente collegati, risultano particolarmente gravi.

Una volta chiarita la distinzione tra violazioni *lato sensu* semplici e complesse, per affinare ulteriormente la nostra comprensione, risulta necessario considerare la dimensione temporale con cui avvengono. Questo aspetto temporale consente una classificazione più precisa e un più alto livello di comprensione delle violazioni e carenze dello Stato di diritto.

Le violazioni e carenze episodiche, sia semplici che complesse, si manifestano come episodi isolati. Tali eventi rappresentano violazioni e carenze singolari o sporadiche che ledono momentaneamente lo Stato di diritto, prima che cessino del tutto o che siano oggetto di intervento correttivo. Tali violazioni e carenze originano da circostanze uniche o da anomalie interne a sistemi che generalmente aderiscono all'ideale dello Stato di diritto. Sebbene l'impatto

immediato di queste violazioni e carenze possa essere significativo, i loro effetti sono limitati dalla breve durata e, spesso, interessano solo il loro ambito ristretto<sup>29</sup>.

Le violazioni e carenze sistemiche, al contrario, sono caratterizzate dall'essere pervasive e persistenti. Queste violazioni e carenze si ripetono, ripercuotendosi su tutto il sistema giuridico e intaccandolo globalmente, in ragione della loro natura interconnessa, anche qualora riguardino direttamente aspetti tra loro diversi dello Stato di diritto. Gli episodi delle violazioni o carenze sistemiche si reiterano nel tempo e colpiscono più elementi dello Stato di diritto, rivelando la presenza di tendenze alla non conformità profondamente radicate e incorporate nel sistema. La loro natura rende le violazioni e carenze sistemiche particolarmente difficili da affrontare e correggere, poiché sono sintomatiche di problemi radicati in profondità all'interno del quadro giuridico e relativi alla sua applicazione, i quali richiedono riforme o interventi globali<sup>30</sup>.

#### 4. Conclusione

Attraverso l'analisi del contributo di Bruno Celano, questo lavoro ha evidenziato l'importanza di considerare le caratteristiche della gradualità e della complessità allo scopo di valutare e comprendere lo Stato di diritto e le sue violazioni. Celano offre una ricostruzione preziosa che consente di discernere tra i vari elementi e livelli che caratterizzano l'adesione agli ideali dello Stato di diritto, distinguendo tra requisiti formali e procedurali, e tra violazioni semplici e complesse. La distinzione tra l'ideale morale dello Stato di diritto e la sua estensione giuridicamente positivizzata permette una valutazione più sfumata e consapevole delle sue violazioni, tenendo conto sia della moralità dell'aspirazione che della moralità del dovere.

La classificazione delle violazioni sviluppata in questa sede origina dalla comprensione della natura organica dello Stato di diritto e della sua dipendenza

---

<sup>29</sup> Ad esempio, si consideri una situazione dove un ente di governo sospenda temporaneamente il diritto ad un giusto processo durante un'emergenza nazionale, affermando che le circostanze eccezionali non sono previste dalla costituzione. Questo atto, laddove è potenzialmente giustificabile in presenza di specifiche condizioni, rappresenta una violazione episodica dello Stato di diritto se si tratta di un evento isolato che devia dalle pratiche usuali dell'istituzione. Una volta che è terminata l'emergenza e che il diritto al giusto processo è pienamente ristabilito, la violazione cessa, mostrando la sua natura episodica.

<sup>30</sup> Si consideri, per esempio, uno Stato nel quale il potere esecutivo lede sistematicamente l'indipendenza del potere giudiziario. Ciò può manifestarsi attraverso una serie di azioni, quali l'ingerenza nelle nomine dei giudici, l'esercizio di pressioni sui giudici in relazione a casi particolarmente delicati dal punto di vista politico, o mancando di dare esecuzione alle decisioni della Corte. Con il trascorrere del tempo, queste azioni non rappresentano solo degli episodi isolati, ma costituiscono una violazione sistemica dello Stato di diritto, facendo emergere un chiaro percorso verso l'indebolimento dell'indipendenza della magistratura.

dalla gradualità dei componenti e offre uno strumento per identificare e analizzare le sfide alla sua integrità. In particolare, la distinzione tra violazioni o carenze episodiche e sistemiche sottolinea l'importanza di riconoscere e affrontare i modelli di non conformità che minacciano la struttura stessa dello Stato di diritto.

## Bibliografia

- R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, 2010
- B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 101-142
- B. Celano, *Legal Reasoning: Three Key Issues, and what Philosophy Can(not) Do about Them* in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 99-114
- B. Celano, *Principi, regole, autorità in Europa e diritto privato*, Vol. 3, 2006, p. 1061-1086
- B. Celano, *Liberal Multiculturalism, Neutrality and the Rule of Law in Diritto & Questioni Pubbliche*, 2011, Vol. 11, p. 559-599
- B. Celano, *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law* in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, Vol. 2, p. 405-426
- B. Celano, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in J. Ferrer, J. J. Moreso e D. Papayannis (a cura di), *Neutrality and Theory of Law*, 2013a, Springer, p. 175-202
- B. Celano, *Law as Power: Two Rule of Law Requirements*, in W. Waluchow e S. Sciaraffa (a cura di), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013b, p. 129-151
- B. Celano, *Publicity and the Rule of Law*, in L. Green e B. Leiter (a cura di), *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 2*, Oxford University Press, Oxford, 2013c, p. 122-147
- B. Celano, *Rule of Law e particolarismo etico*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 237-285

- B. Celano, *Discutendo con Bruno Celano Vol. II Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche*, in M. Maldonado e P. Luque (a cura di) Marcial Pons, Madrid, 2019
- B. Celano, *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons, Madrid, 2022
- J. Dancy, *Are there organic unities?* in *Ethics*, 2003, Vol. 113, n. 3, p. 629-650
- L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven/London, 1964 (1969)
- I. Lifante Vidal, *Publicità, positivismo e Rule of Law*, in M. Maldonado e P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, 2019
- G.E. Moore, *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993
- J.J. Moreso, *Con il piombino di Lesbo. Celano su Rule of Law e particolarismo*, in M. Maldonado e P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, 2019
- J.J. Moreso, *Estado de Derecho*, in I. González Ricoy e J. Queralt (a cura di), *Razones públicas: Una introducción a la filosofía política*, 2021, p. 258-279
- A. Kristan, *Desde el Estado hasta la ideología judicial: Antimanual*, Palestra, Lima, 2017
- G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010
- G. Pino, *Celano sul Rule of Law: il Tassello Mancante*, in M. Maldonado e P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 385-398
- A. Schiavello, *Il rule of law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 109-133
- A. Schiavello, *La botte piena e la moglie ubriaca, ovvero: i limiti del positivismo giuridico normativo di Bruno Celano*, in M. Maldonado e P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 253-276



**El Apurado filo de una navaja reduccionista.  
Apuntes en homenaje a Bruno Celano**  
The hasty edge of a reductivist blade.  
Notes in honour of Bruno Celano

MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA

Profesora e Investigadora en Filosofía del Derecho

Universidad Diego Portales

[mbeatriz.arriagada@gmail.com](mailto:mbeatriz.arriagada@gmail.com)

---

ABSTRACT

---

El presente trabajo tiene por objetivo analizar críticamente la tesis defendida por Bruno Celano según la cual el vocabulario institucional, es decir, el uso de términos institucionales y, por tanto, el discurso de las llamadas ‘reglas constitutivas’ es reducible al vocabulario deóntico básico porque los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a la aceptación colectiva de conjuntos de normas prescriptivas. El trabajo se centra en los argumentos de Celano que se apoyan o pretenden apoyarse en la obra de Alf Ross, en primer lugar, en la tesis según la cual las entidades supuestamente denotadas por expresiones jurídicas como



DOI: 10.54103/milanlawreview/24211

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

derecho, deber, propiedad o matrimonio son ontológicamente reducibles a normas jurídicas; en segundo lugar, en la tesis según la cual las normas jurídicas de competencia (y sus respectivas modalidades) son lógicamente reducibles a normas jurídicas de conducta (y sus respectivas modalidades).

**Palabras claves:** Conceptos jurídicos; Hechos institucionales; Reducción ontológica; Reducción explicativa; Alf Ross.

The objective of this work is to critically analyze the thesis defended by Bruno Celano according to which the institutional vocabulary, that is, the use of institutional terms and, therefore, the discourse of the so-called 'constitutive rules' is reducible to the basic deontic vocabulary because institutional facts are ontologically reducible to the collective acceptance of sets of prescriptive norms. The work focuses on Celano's arguments that are supported or intended to be supported by the work of Alf Ross, firstly, on the thesis according to which the entities supposedly denoted by legal expressions such as right, duty, property or marriage are ontologically reducible to legal norms; secondly, on the thesis according to which legal norms of competence (and their respective modalities) are logically reducible to legal norms of conduct (and their respective modalities).

**Keywords:** Legal concepts; Institutional facts; Ontological reduction; Explanatory reduction; Alf Ross.

---

This paper has been subjected to double-blind peer review

## El Apurado filo de una navaja reduccionista Apuntes en homenaje a Bruno Celano\*

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Del vocabulario institucional al vocabulario normativo y de los hechos institucionales a las normas – 2.1. La objeción de la redundancia – 2.2. Celano y Ross. Posibles usos de los términos institucionales y la apariencia descriptiva del “discurso institucional” – 2.3. La ontología jurídica asumida por Ross – 2.4. La reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario normativo y la reductibilidad ontológica de los hechos institucionales a las normas – 3. Sobre la reductibilidad de los hechos institucionales a normas prescriptivas o de conducta – 3.1. El argumento de Celano – 3.2. La reductibilidad lógica de las normas de competencia a normas de conducta – 3.3. ¿Puede justificarse la tesis de Celano?

### 1. Introducción

Una de las preocupaciones que ha marcado la agenda de investigación de Bruno Celano ha sido la llamada ‘realidad institucional’. Esta preocupación lo condujo a examinar con especial cuidado la teoría searlina de los hechos institucionales. Con ocasión de este examen, e inspirado por una marcada preferencia por el paradigma convencionalista, Celano hizo gala del incomparable filo de su navaja analítica y, en este contexto, exhibió un notable aprecio e inclinación por las maniobras reduccionistas.

El foco de este trabajo no es la mencionada teoría de Searle ni todo el análisis crítico que Celano hace de la misma. La atención está puesta en los argumentos de los que Celano se vale para defender, con aparente eficacia, la reductibilidad de los hechos institucionales. Esto es importante desde la

---

\* Este trabajo corresponde a resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT regular N°1200549 “La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia”. Agradezco, en primer lugar, la invitación de Silvia Zorzetto y Francesca Poggi a participar del homenaje a Bruno Celano en el Congreso “En teoría hay mujeres (en teoría)” que tuvo lugar el 7 y 8 de julio de 2023 en la Università di Milano. Agradezco las observaciones que a un primer borrador de este trabajo realizaron los miembros del Seminario de Filosofía y Teoría del derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en especial a Carla Iuspa, con quien también discutí bilateralmente en más de una ocasión. También agradezco la lectura previa del borrador de este trabajo a Flavia Carbonell, Loreto Navarro y Jorge Rodríguez, y muy especialmente a María Cristina Redondo y Daniel González Lagier por su infinita paciencia y la agudeza y pertinencia de sus observaciones. Finalmente, agradezco a Mirko Bustos su valiosa ayuda en la edición de este trabajo.

perspectiva de una teoría jurídica analítica porque, como es sabido, muchas de las expresiones que hacen referencia a los llamados ‘hechos institucionales’, como propiedad o matrimonio, son usadas en diferentes discursos jurídicos<sup>1</sup>.

Como es sobradamente conocido, Ross gastó tiempo e inteligencia en la defensa de la tesis según la cual el pensamiento jurídico tiene una considerable semejanza con el pensamiento mágico. Su estrategia fue exhibir que, aunque muchas expresiones jurídicas carecen de un correlato en el mundo real, su uso, tanto por las autoridades normativas como por los juristas, causa o puede causar la equivocada impresión de que aquellas expresiones denotan entidades existentes, en circunstancias que únicamente son: (i) vehículos lingüísticos para expresar las normas, o (ii) herramientas para presentar o exponer abreviada y sistemáticamente conjuntos de normas que, en los ordenamientos jurídicos particulares, conectan una pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con una pluralidad acumulativa de consecuencias condicionadas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La teoría general del derecho de tradición analítica se ocupa precisamente del análisis de los discursos jurídicos especializados con los objetivos de explicitar los conceptos que están implícitos o presupuestos en ellos y de refinar sus aparatos conceptuales mediante redefiniciones parciales que identifican conceptos de mayor poder explicativo. Respecto del primer objetivo, véanse, por ejemplo, C. Alchourron, E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, New York, 1971. Citado por la traducción al español de los autores, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 29-30; G. Carrió, *Nota preliminar a W. Hohfeld, Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México D.F, 1991, p. 12-13; E. Bulygin, *Kant y la filosofía del derecho contemporánea*, en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del derecho*, 1980, vol. 1. Citado por su publicación en C. Alchourron, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 380; C. Orunesu, J. Rodríguez, G. Sucar, *Inconstitucionalidad y derogación*, en *Discusiones*, 2001, vol. 2, p. 11; A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons Ltd, London, 1958a. Citado por la traducción al español de G. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005, p. 48-49; B. Bix, *Legal Theory: Types and Purposes*, en *IVR Encyclopedia of Legal Theory*, 2004. Citado por la traducción al español, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2006 p. 169. Respecto del segundo objetivo, véanse, por ejemplo, P. Comanducci, *Epistemología jurídica*, en *Hacia una teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010; P. Chiassoni, *I precedenti civile sono vincolanti?*, en *Diritti Humani, clause ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne, Roma, 2011. Citado por la traducción al español de D. Moreno, *¿Los precedentes son vinculantes? Consideraciones sobre el artículo 360-bis C.P.C.*, en *Desencantos para abogados realistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012; R. Guastini, *Manifiesto di una filosofía analitica del diritto*, en *Distinguendo Ancora*, Marcial Pons, Madrid, 2013. Citado por la traducción al español de P. Caballero, *Manifiesto de una filosofía analítica del derecho*, en *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 77-92, 89-90.

<sup>2</sup> A. Ross, *Tû-tû*, en *Harvard Law Review*, 1957, vol. 70. Citado por la traducción al español de G. Carrió, *Tû-tû*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; A. Ross, *On Law and Justice*, cit., capítulos V y VI; A. Ross, *Definition in Legal Language*, en *Logique et Analyse, Nouvelle Série*,

Celano<sup>3</sup> sostiene que la teoría searliana de los hechos institucionales es pasible de la llamada ‘objección de la redundancia’ y que el locus clásico de esta objeción se encuentra precisamente en Ross. De acuerdo con esta objeción, el uso de términos que designan hechos institucionales es solamente un recurso lingüístico útil, pero engañoso. Dado que la función de los términos institucionales es meramente notacional, el discurso o vocabulario institucional (el uso de términos institucionales) sería un discurso o vocabulario normativo disfrazado de un discurso o vocabulario descriptivo que, por lo mismo, en principio, sería reducible al (eliminable en favor del) primero, salvo que se lo interprete como una descripción del contenido de normas (en algún sentido) existentes. Esta interpretación no refutaría, sino que confirmaría la objeción de la redundancia porque quien habla de hechos institucionales como si realmente existieran y fueran susceptibles de descripción incurre en el error de cosificar entidades inexistentes. Celano llama a la objeción de la redundancia ‘tesis de la reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario normativo’ y sostiene que negar el carácter descriptivo al discurso o vocabulario institucional no es otra cosa que negar la posibilidad de los hechos institucionales.

Teniendo como referencia a Ross, Celano concluye que el resultado del análisis de la realidad institucional propuesto por Searle es que afirmar la existencia de un hecho institucional equivale a aceptar (colectivamente) una prescripción (un conjunto de prescripciones) o, subsidiariamente, a afirmar que una determinada prescripción (un cierto conjunto de prescripciones) es colectivamente aceptada<sup>4</sup>.

Para apoyar esta conclusión, Celano argumenta que el análisis searliano de los hechos institucionales tendría como resultado o en él estaría implicado lo siguiente: (i) las reglas constitutivas son reducibles a normas que confieren

---

1958b, vol. 1 3/4, p. 143-145; A. Ross, *Directives and norms*, Routledge and Kegan Paul, London, 1968. Citado por la traducción al español de J. Hierro, *Lógica de las normas*, Comares, Granada, 2000, p. 150-173. Una presentación sistemática de las tesis de Ross sobre el uso de expresiones jurídicas, como derechos, deberes, propiedad y matrimonio, en los discursos de las autoridades normativas y de los juristas puede verse en M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross. La defensa de una teoría analítica de las normas jurídicas*, en M. Fernández (ed.), *Materiales para una teoría de los derechos. Ensayos de filosofía analítica*, Marcial Pons, Madrid, 2022a.

<sup>3</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto*, 1997. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998. Citado por su publicación en *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010, p. 45-47; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, en *Filosofia e questioni pubbliche*, 2000, vol. 5. Citado por su publicación en *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit., p. 83-86.

<sup>4</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 55; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 96.

poderes<sup>5</sup>; ii) el vocabulario institucional es reducible al vocabulario de las posiciones normativas subjetivas (pretensión, deber; libertad, no-pretensión; poder, sujeción; inmunidad, no poder)<sup>6</sup>; (iii) el vocabulario de las posiciones normativas subjetivas es reducible al vocabulario deóntico básico<sup>7</sup>; y (iv) las normas que confieren poderes son reducibles a normas condicionales de obligación, prohibición y permiso<sup>8</sup>.

En mi opinión, es muy discutible que sea posible atribuir estos resultados o implicaciones al análisis searleano de los hechos institucionales, dada la evidente laxitud con la que Searle utiliza las expresiones que están en juego en los argumentos de Celano quien, en cambio, las emplea con los significados -mucho más precisos- que a ellas suelen atribuirse en el discurso especializado de la teoría general del derecho.

Recordemos brevemente que, según Searle<sup>9</sup>, la intencionalidad colectiva asigna a algunos fenómenos o entidades un nuevo estatus y, junto con él, un conjunto de funciones (funciones de estatus) que no podrían ser cumplidas en virtud de sus rasgos físicos intrínsecos, sino solamente en virtud del acuerdo humano. La forma de esta asignación puede representarse con la fórmula 'X cuenta como Y en C', donde Y representa el nuevo estatus y las nuevas funciones que se le asignan al fenómeno que antes no las tenía y que es designado por X. Esta es la fórmula de las llamadas 'reglas constitutivas'. La asignación de funciones de estatus crea los llamados 'hechos institucionales' que, en consecuencia, son hechos cuya existencia depende del acuerdo humano y, por tanto, de reglas constitutivas. Las instituciones, por su parte, no son otra cosa que conjuntos de reglas constitutivas.

La estructura de los hechos institucionales es, según Searle, una estructura de jerarquías en cuya base hay hechos brutos, esto es, fenómenos cuya existencia no depende del acuerdo humano. En el primer desplazamiento, es decir, en el tránsito desde un nivel bruto a un nivel institucional, el término Y impone a X una función de estatus que va más allá de sus propiedades físicas. El paso siguiente impone funciones de estatus a entidades a las que ya se había impuesto una función, especialmente actos de habla. Luego estos se usan para imponer funciones de estatus a entidades que no son actos de habla, por ejemplo, a la gente. Crear una

---

<sup>5</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 55; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 95.

<sup>6</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 47-51.

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 51-53 y notas 45 y 46, p. 58; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 96, nota 25.

<sup>8</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 54.

<sup>9</sup> J. Searle, *The Construction of Social Reality*, Simon and Schuster, London, 1995. Citado por la traducción al español de A. Domènech, *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997, especialmente capítulos 2 y 3.

función de estatus consiste en conferir un poder nuevo o ejecutar alguna operación veritativo-funcional sobre la creación de un poder.

Debe subrayarse que el desplazamiento de X a Y solamente puede existir si es representado colectivamente como si ya existiera, y que se trata de un paso lingüístico puesto que el término X simboliza un estatus deóntico que está más allá de sus propiedades físicas. Físicamente X e Y son exactamente la misma cosa puesto que no hay ningún rasgo estructural del elemento X que baste por sí mismo para determinar las funciones de Y. También es importante destacar que, de acuerdo con Searle, los hechos institucionales son ontológicamente subjetivos y epistémicamente objetivos. Son ontológicamente subjetivos pues que una entidad X posea un estatus Y depende de representaciones mentales, actitudes y creencias colectivas. Los hechos institucionales sólo pueden existir si son representados como existentes. No obstante, son epistémicamente objetivos porque es posible conocerlos y describirlos mediante enunciados que tienen valor de verdad.

Entre las razones para descartar que la tesis reduccionista de Celano pueda apoyarse en el análisis searliano de los hechos institucionales, vale la pena recordar, en primer lugar, que la teoría jurídica ha mostrado el carácter problemático de la muy conocida distinción entre reglas constitutivas y regulativas, propuesta por Searle, así como la necesidad de refinarla para que sea una herramienta útil para analizar las instituciones jurídicas<sup>10</sup>. Como subraya González Lagier, Searle no se ocupa de las reglas constitutivas con el genuino propósito de realizar una aportación a la teoría de las normas<sup>11</sup>. Su propósito es explicar cómo se constituye la 'realidad institucional'. Por lo mismo, no deja de ser llamativo que Guastini critique la teoría searliana de las reglas constitutivas por parecer ontológicamente comprometida puesto que, al caracterizar el objeto y/o el producto de tales reglas, multiplicaría las entidades sin necesidad<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. J. Searle, *How to derive 'ought' from 'is'*, en *The Philosophical Review*, 1964, vol. 73; J. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969. Citado por la traducción al español de L. Valdés, *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*, Cátedra, Madrid, 2007; J. Searle, *The Construction of Social Reality*, cit.; J. Searle, *Constitutive Rules*, en *Argumenta*, 2018, vol. 4 y, por ejemplo, J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975. Citado por la traducción al español de J. Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 108-111; D. González Lagier, *Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle*, en *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 1993, vol. 13; C. Orunesu, J. Rodríguez, *Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 198; A. Marmor, *Constitución mediante reglas*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, cit., p. 109-111.

<sup>11</sup> D. González Lagier, *Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle*, cit., p. 266.

<sup>12</sup> R. Guastini, *Teorías de las reglas constitutivas. Searle, Ross y Carcaterra*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 1984, vol. 25, p. 306.

En segundo lugar, es preciso evidenciar que cuando, para explicar que todas las funciones de estatus implican la creación de nuevos poderes, Searle habla de ‘poderes’ o de ‘poderes convencionales’ en un sentido amplísimo. Conforme a este sentido, el sujeto (singular o plural) que tiene el poder puede hacer algo (algún tipo de acción o curso de acciones) o impedir que algún otro haga algo, distinto de lo que podría hacer o impedir hacer en términos puramente físicos<sup>13</sup>. Ciertamente, no está pensando en poderes en el sentido técnico de competencias o potestades que, junto a las sujeciones, incompetencias e inmunidades se relacionan con las llamadas ‘normas de competencia’, consideradas diferentes de las llamadas ‘normas prescriptivas’ que, en cambio, se relacionan con deberes, derechos, libertades y no-derechos.

En tercer lugar, debe subrayarse la laxitud y equívocidad con la que Searle emplea la expresión ‘deóntico’. Basta señalar que Searle no tiene inconveniente en hablar de ‘poderes deónticos’<sup>14</sup> ni en decir que a través de los mismos se

---

<sup>13</sup> J. Searle, *The Construction of Social Reality*, cit., p. 107-115. Searle es explícito en cuanto a que, en general, las funciones de estatus son asuntos de poder. La estructura de los hechos institucionales es, según Searle, una estructura de relaciones de poder, incluidos los poderes positivos y negativos, condicionales y categóricos, colectivos e individuales. Una lección que habría que obtener de los hechos institucionales es que todo lo que nos resulta apreciable de la civilización requiere la creación y el mantenimiento de relaciones de poder a través de funciones de estatus colectivamente impuestas. El poder institucional -masivo, omnidifuso y, típicamente, indivisible- permearía hasta el último rincón, hasta lo más escondido de nuestras vidas sociales y, como tal, no representaría una amenaza para los valores liberales, sino que es la precondition de su existencia; J. Searle, *The Construction of Social Reality*, cit., p. 106. A esto añade más tarde que las instituciones son estructuras posibilitadoras que aumentan el poder humano en diferentes maneras. De ahí que la forma general del operador del poder sea ‘Reconocemos (S tiene el poder [S hace A])’. Todo el propósito de crear la realidad institucional no sería investir a objetos y personas con algún estatus especial, válido por sí mismo, sino crear y regular relaciones de poder entre la gente. J. Searle, *Making the social world. The structure of the human civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Citado por la traducción al español de J. Bostelmann, *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana*, Paidós, Barcelona, 2017, p. 153-154.

<sup>14</sup> Esta es una expresión abiertamente contradictoria desde la perspectiva, bastante extendida, según la cual las normas que confieren poderes, en cuanto reglas constitutivas, por un lado, y las normas regulativas o prescriptivas que califican deónticamente ciertas acciones y omisiones, por otro, son tipos de normas diferentes y excluyentes. Por ejemplo, H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1961. Citado por la traducción al español de G. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 34-53 y 99-123; A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 68-72, 124 y 167 y ss.; C. Alchourron, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., p. 36-37, 57-59, 71, 99-100; C. Alchourron, E. Bulygin, *Definiciones y normas*, en E. Bulygin (coord.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 11-42. Citado por su publicación en C. Alchourron, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y

impondrían derechos, responsabilidades, obligaciones, deberes, privilegios, habilitaciones, castigos, autorizaciones y permisos y otros fenómenos deónticos por el estilo<sup>15</sup>. Además, si bien en principio, dentro de las funciones de estatus, la categoría de los poderes deónticos es diferenciada de otras categorías (poderes simbólicos, honoríficos y procedimentales), Searle concluye que, hablando laxamente, todo acaba por ser deóntico, todo son funciones de estatus deónticas. Es, por tanto, importante tener presente que, considerando lo deóntico en este sentido extremadamente débil, Searle declara e intenta explicar que la lógica institucional es análoga a la lógica deóntica<sup>16</sup>.

Espero que sea claro que hay buenas razones para poner en duda que, sobre la base de lo sostenido por Searle, pueda justificarse la conclusión de Celano. Específicamente, que afirmar la existencia de un hecho institucional equivale a

---

Constitucionales, Madrid, 1991; E. Bulygin, *Sobre la regla de reconocimiento*, en J. A. Bacqué (eds.), *Derecho. Filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976. Citado por su publicación en C. Alchourron, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; E. Bulygin, *On norms of competence*, en *Law and Philosophy*, 1992, vol. 11. Citado por la traducción al español del autor, *Sobre las normas de competencia*, en C. Alchourron, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; C. Orunesu, J. Rodríguez, *Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles*, cit.; M. Redondo, *Sobre el carácter constituido y constitutivo del derecho*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022; M. B. Arriagada, *Normas jurídicas regulativas y normas jurídicas constitutivas. Ontología, interpretación y cultura jurídica*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, 2022b, vol. 45. La distinción, así formulada, pretende tener antecedentes en la teoría general de las normas, por ejemplo, en la distinción entre las reglas y las prescripciones/regulaciones de G. von Wright, *Norm and action. A logical inquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963. Citado por la traducción al español de P. García, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970 p. 21, 26-27, 87-107; G. von Wright, *Explanation and Understanding*, Routledge & Kegan Paul, London, 1971. Citado por la traducción al español de P. García, *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid, 1979 p. 177-179. No se trataría, en cambio, de una expresión contradictoria desde una perspectiva que debilita la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Por ejemplo, F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1991. Citado por la traducción al español de C. Orunesu, J. Rodríguez, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 63; F. Schauer, *The force of law*, Harvard University Press, Cambridge – MA, 2015. Citado por la traducción al español de P. Rapetti, *Fuerza de ley*, Palestra, Lima, 2015, p. 111-119; C. Roversi, *Constitutive Rules in Context*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2010, vol. 96; S. Berthea, *Constitutivism and Normativity: A Qualified Defence*, en *Philosophical Exploration*, 2013, vol. 16. Una propuesta para eludir esta discusión puede verse en M.B. Arriagada, *Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas*, en *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 2017, vol. 40.

<sup>15</sup> J. Searle, *The Construction of Social Reality*, cit., p. 112. Ver también J. Searle, *Making the social world. The structure of the human civilization*, cit., p. 134-136, 153-154.

<sup>16</sup> J. Searle, *The Construction of Social Reality*, cit., p. 111-122.

aceptar (colectivamente) una prescripción (un conjunto de prescripciones) o, subsidiariamente, a afirmar que una determinada prescripción (un cierto conjunto de prescripciones) es colectivamente aceptada. Por esta razón, me concentraré en los argumentos de Celano que se apoyan o pretenden apoyarse en Ross, puesto que ellos tienen al menos una apariencia de eficacia.

El objetivo de este trabajo es mostrar lo siguiente: (i) la tesis defendida por Celano afirma que el vocabulario institucional, es decir, el uso de términos institucionales y, por tanto, el discurso de las llamadas ‘reglas constitutivas’ es reducible al vocabulario deóntico básico porque los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a la aceptación colectiva de conjuntos de normas prescriptivas, y (ii) esta tesis no está justificada.

Para cumplir este objetivo, en la segunda sección de este trabajo se presenta la llamada ‘tesis de la redundancia’ (2.1); se distinguen posibles usos de los términos institucionales que no aparecen claramente diferenciados en el discurso de Celano, pero sí en el de Ross (2.2); se examina la ontología jurídica asumida por Ross y que es compartida por Celano (2.3); y se reconstruyen los argumentos que sustentan la tesis defendida por Celano y Ross, según la cual vocabulario institucional es reducible al vocabulario normativo porque los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a conjuntos de normas (2.3). En la tercera sección del trabajo se reconstruye el argumento del que se vale Celano para concluir que el vocabulario institucional es reducible al vocabulario deóntico básico porque los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a normas prescriptivas. Este argumento es, en términos muy sintéticos, que las normas constitutivas que confieren poderes son ontológicamente reducibles a normas prescriptivas (3.1); se evidencia que ese argumento se construye sobre la base de una errada interpretación de la tesis de Ross según la cual las normas de competencia son lógicamente reducibles a normas de conducta (3.2); finalmente, se exhibe que aquel argumento es innecesario, se examinan las condiciones bajo las cuales la tesis de Celano podría justificarse y se concluye que ella no está justificada (3.3).

## **2. Del vocabulario institucional al vocabulario normativo y de los hechos institucionales a las normas**

### **2.1. La objeción de la redundancia**

La objeción de la redundancia afirma, según Celano, que el uso de términos que designan hechos institucionales es solamente un recurso lingüístico útil pero engañoso. Dado que la función de los términos institucionales es meramente notacional, el discurso o vocabulario institucional (el uso de términos institucionales) es un discurso o vocabulario normativo disfrazado de un discurso o vocabulario descriptivo que, por lo mismo, en principio, es reducible a (eliminable en favor de) el primero, a menos que se lo interprete como una descripción del contenido de normas (en algún sentido) existentes. Esta

interpretación no refutaría, sino que confirmaría la objeción de la redundancia porque quien habla de hechos institucionales como si realmente existieran y fueran susceptibles de descripción incurre en el error de cosificar entidades inexistentes. Celano llama a la objeción de la redundancia 'tesis de la reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario normativo' y sostiene que negar el carácter descriptivo del discurso o vocabulario institucional equivale a negar la posibilidad de los hechos institucionales<sup>17</sup>.

Teniendo como referencia a Ross, en quien residiría el locus clásico de esta objeción, Celano sostiene que los términos institucionales permiten la reformulación, en forma abreviada o simplificada, de conjuntos de prescripciones (normas) y de la relación entre conjuntos de condiciones de aplicación de normas (casos concretos) y conjuntos de consecuencias normativas (obligaciones, prohibiciones, permisos, etc.)<sup>18</sup>.

Afirmar la existencia de un hecho institucional equivale, Según Celano, a afirmar que se satisface el conjunto (disyuntivo o conjuntivo) de las condiciones de aplicación (condiciones de carácter factual, describibles en última instancia a través de términos no institucionales) de un conjunto de normas condicionales de conducta que establecen que, dadas ciertas condiciones, uno o más sujetos especificados deben, no deben, o pueden, realizar acciones específicas (acciones que en última instancia podrían ser descritas a través de términos no institucionales)<sup>19</sup>.

Así, por ejemplo, afirmar que A y B están casados equivaldría a afirmar que han tenido lugar ciertos hechos que podrían describirse en términos no institucionales y que estos hechos satisfarían el conjunto de condiciones a las que un conjunto de normas condicionales relaciona consecuencias normativas particulares: obligaciones, prohibiciones, permisos, derechos, poderes, etc. No habría, en realidad, ningún hecho o entidad 'matrimonio', dotado de existencia independiente, que surja mágicamente gracias a la ocurrencia de los hechos condicionantes, y del que surjan mágicamente las obligaciones, prohibiciones, poderes, etc., que constituyen sus consecuencias normativas. El término 'matrimonio' no denotaría nada, sino que tendría la función de un dispositivo notacional<sup>20</sup>.

Desde esta perspectiva, las afirmaciones que hacen (aparentemente) referencia a hechos institucionales, afirmando su existencia o especificando sus

---

<sup>17</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 45-47; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 83-86.

<sup>18</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 45-46; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 83-84.

<sup>19</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 45; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 84.

<sup>20</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 45; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 84.

propiedades, describirían el contenido de prescripciones consideradas existentes – porque, por ejemplo, pertenecen a un sistema normativo, o porque son aceptadas colectivamente–, o de los resultados de la calificación de hechos no institucionales sobre la base de prescripciones<sup>21</sup>.

## 2.2. Celano y Ross. Posibles usos de los términos institucionales y la apariencia descriptiva del ‘discurso institucional’

La objeción de la redundancia, tal como es formulada por Celano parece reproducir la muy conocida tesis de Ross sobre el uso de expresiones jurídicas tû-tû (como derecho subjetivo, deber, propiedad, matrimonio, territorio) en el discurso de los juristas. Todas estas expresiones son, por supuesto, términos institucionales a la Searle.

En efecto, cuando, en Tû-tû, en *On law and justice* y en *Definition in legal language*, Ross analiza el discurso de los juristas concluye que, en este discurso, las expresiones tû-tû carecen de referencia semántica, pero sirven para presentar o exponer abreviada y sistemáticamente conjuntos de normas que, en los ordenamientos jurídicos particulares, conectan una pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con una pluralidad acumulativa de consecuencias condicionadas. Vale la pena añadir que, de acuerdo con Ross, estas consecuencias son expresables en términos de pretensiones, libertades, competencias, inmunidades, obligaciones, no-pretensiones, sujeciones e incompetencias<sup>22</sup>.

Como subraya Roversi<sup>23</sup> si los términos que se refieren a las instituciones jurídicas pueden reducirse a una conexión entre las condiciones y las consecuencias normativas y, por tanto, a reglas condicionales, entonces no se refieren a algo distinto de las reglas. En consecuencia, no hay una realidad, hechos

---

<sup>21</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 45-46; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 84.

<sup>22</sup> A. Ross, *Tû-tû*, cit.; A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 208, 211-215; A. Ross, *Definition in Legal Language*, cit., p. 143-145. El énfasis en que las consecuencias condicionadas son expresables en términos hohfeldianos es importante porque hace compatible las tesis de Ross sobre el uso de las expresiones ‘derecho subjetivo’ y ‘deber’ tanto en el discurso de los juristas como en el discurso de las autoridades normativas. Ver M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross*, cit., p. 99, 107, 114-117. Sobre las expresiones hohfeldianas, ver W. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, en *The Yale Law Journal*, 1913, vol. 23. Citado por su publicación en W. Wheeler (eds.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Yale University Press, New Heaven-London, 2010 y W. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, en *Faculty Scholarship Series*, 1917, paper 4378. Citado por su publicación en W. Wheeler (ed.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Yale University Press, New Heaven-London, 2010.

<sup>23</sup> C. Roversi, *Contra el reduccionismo sobre las reglas constitutivas*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 267.

o entidades jurídicas, sino únicamente un vocabulario que resume una materia en términos de reglas.

De ahí que la estrategia de Ross pueda usarse para dar cuenta de cualquier concepto institucional, como los de ‘dinero’ o ‘rey’<sup>24</sup>, conceptos jurídicos, como los de ‘persona jurídica’, ‘ciudadanía’ o ‘jurisdicción’<sup>25</sup>, o los de matrimonio, nacionalidad o empleado público, como sugiere el propio Ross:

A veces el eslabón intermedio no es un derecho subjetivo aislado sino una condición jurídica compleja de derechos y deberes. Es el caso, por ejemplo, cuando en el derecho de familia se hace una distinción entre las condiciones para contraer matrimonio y los efectos jurídicos del matrimonio; cuando en el derecho constitucional se hace una distinción entre la adquisición de la nacionalidad y los efectos jurídicos de la nacionalidad, o en el derecho administrativo entre la creación del status del empleado público y sus efectos jurídicos. En estas situaciones y en otras semejantes es usual hablar de la creación de un status. Cualquiera sea la construcción, la realidad que está detrás de ella es en cada caso la misma: una técnica que tiene enorme importancia si hemos de conquistar claridad y orden en una serie complicada de reglas jurídicas<sup>26</sup>.

Lo anterior no implica, sin embargo, que cualquier expresión tû-tû usada en la descripción simplificada de normas sustituya, necesariamente y al mismo tiempo, hechos condicionantes y consecuencias condicionadas. Las expresiones tû-tû pueden usarse tanto para sustituir únicamente los hechos condicionantes como para sustituir únicamente las consecuencias condicionadas. Esto muestra perspicuamente la similitud que existe entre las expresiones que Ross analiza y los llamados ‘términos institucionales’, porque, como destaca Searle, las expresiones de estatus admiten dos definiciones, una en términos de la constitución (X) y otra en términos de la función agentiva impuesta (Y)<sup>27</sup>. Por lo mismo, Roversi tiene razón cuando advierte que, aunque Ross no haga ninguna referencia explícita al concepto de regla constitutiva, ataca claramente la idea subyacente a esa noción, a saber, que puede haber un ámbito de elementos institucionales constituido mediante reglas al que es posible referir por medio de términos institucionales<sup>28</sup>.

Además, habría que añadir que algunos de los ejemplos de Ross sugieren que una expresión ‘tû-tû’ como ‘propiedad’ también podría usarse para exponer la conexión entre un solo hecho condicionante (i.e. la compra de una cosa) y una sola consecuencia condicionada (i.e. posibilidad de obtener su entrega) y que, en consecuencia, la misma expresión habría de servir para reemplazar tanto ese solo

---

<sup>24</sup> M. Redondo, *El Positivismo jurídico “interno”*, Klub Revus, Ljubljana, 2018, p. 217.

<sup>25</sup> T. Spaak, *Alf Ross on the Concept of a Legal Right*, en *Ratio Juris*, 2014, vol 47, p. 468.

<sup>26</sup> A. Ross, *Tû-tû*, cit., p. 31-32; A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 217. Las cursivas son mías.

<sup>27</sup> J. Searle, *The Construction of Social Reality*, cit., p. 100.

<sup>28</sup> C. Roversi, *Contra el reduccionismo sobre las reglas constitutivas*, cit., p. 267.

hecho condicionante como esa sola consecuencia condicionada. Sin embargo, salvo cuando emplea ejemplos simples para demostrar que las expresiones *tû-tû* podrían ser eliminadas del discurso de referencia, Ross no considera esta posibilidad porque su atención se focaliza en cómo los juristas describen grandes conjuntos de normas<sup>29</sup>.

Llegados a este punto, es preciso recordar que, según Celano, el discurso o vocabulario institucional es un discurso o vocabulario normativo disfrazado de un discurso o vocabulario descriptivo, salvo que se lo interprete como una descripción del contenido de normas en algún sentido existentes. De lo anterior se sigue que el 'carácter engañoso' consistente en adoptar una 'apariencia descriptiva' no podría atribuirse al discurso que usa términos institucionales precisamente para describir normas.

Dado que, de acuerdo con Celano, negar el carácter descriptivo del discurso institucional equivale a negar la posibilidad de los hechos institucionales<sup>30</sup>, la pregunta pertinente es cuál es el 'discurso institucional' o el uso de términos institucionales que siendo en realidad normativo es presentado como (y, por tanto, tendría la apariencia de) un discurso descriptivo.

Para responder esta pregunta es necesario distinguir cuidadosamente posibles usos de los términos institucionales cuya diferenciación no aparece (o al menos no con claridad) en el discurso de Celano, aunque sí en el discurso de Ross. Los términos institucionales no solamente pueden ser usados en los discursos que describen normas, sino también en los discursos que las formulan y en los discursos que las aplican.

Cuando, en *On law and justice*<sup>31</sup> y en *Directive and norms*<sup>32</sup>, Ross analiza el discurso de las autoridades normativas, sostiene que expresiones jurídicas, como 'derecho subjetivo' y 'deber', no son otra cosa que instrumentos lingüísticos para expresar las normas cuya función es influir en la conducta de las personas. Como el lenguaje del derecho no podría prescindir de esta terminología ambigua y con carga ideológica, Ross argumenta que el sistema elaborado por Hohfeld permitiría, aunque él mismo no lo haya advertido, tomar conciencia de las relaciones que están ocultas bajo aquella terminología. Así: (i) los términos

---

<sup>29</sup> Lo cierto es que sería extraño e inapropiado usar expresiones como 'propiedad' o 'propietario' para describir únicamente una norma como la que obliga al vendedor a entregar al comprador la cosa vendida en caso de haberse celebrado una compraventa. Más extraño e inapropiado sería usar estas expresiones para sustituir o bien la sola compra o bien la pura posibilidad de obtener la entrega de la cosa. M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross*, cit., p. 115. En una línea similar, Spaak observa que en casos como los del derecho a expresarse libremente o el derecho a abandonar el país, el hecho operativo es uno solo: ser ciudadano. T. Spaak, *Alf Ross on the Concept of a Legal Right*, cit., p. 469.

<sup>30</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 83.

<sup>31</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 197-208.

<sup>32</sup> A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 150-173.

‘pretensión’, ‘libertad’, ‘competencia’ e ‘inmunidad’ y los términos ‘obligación’, ‘no-pretensión’, ‘sujeción’ e ‘incompetencia’ están, respectivamente, implícitos en las expresiones ‘derecho subjetivo’ y ‘deber’ que son a menudo usadas para expresar las normas; y (ii) ‘pretensión’, ‘obligación’, ‘libertad’ y ‘no-pretensión’ son modalidades de las normas de conducta, mientras ‘competencia’, ‘sujeción’, ‘incompetencia’ e ‘inmunidad’ son modalidades de las normas de competencia.

Esta propuesta no es, según Ross, una construcción arbitraria, sino una estilización del uso real que pondría al descubierto que el discurso de las autoridades normativas realmente opera con términos que están recíprocamente ligados por la negación y la correlación. Comprender las relaciones lógicas que conectan las diferentes modalidades de estos dos tipos de normas sería útil tanto al redactar la ley como al interpretarla.

La ‘apariencia descriptiva’ aludida por Celano podría entonces atribuirse a los discursos que formulan normas si se considera, como Ross, que el derecho legislado aparenta estar constituido por enunciados que se refieren a un mundo invisible de cualidades peculiares (derechos y deberes) creadas como efectos de ciertos hechos a los que se atribuye una fuerza creadora. La tesis de Ross afirma que, aunque las normas se expresan mediante un mecanismo según el cual diversos hechos producen, modifican o extinguen ciertas sustancias metafísicas o efectos invisibles llamados ‘derechos’ y ‘deberes’, las expresiones ‘derecho subjetivo’ y ‘deber’ (y las modalidades que están implícitas en ellas) no son otra cosa que vehículos lingüísticos para expresar las normas cuya función es influir en la conducta de las personas<sup>33</sup>.

Desde esta perspectiva, tiene sentido que la negación del carácter descriptivo del discurso institucional equivalga a negar la posibilidad de los hechos institucionales. Esto es justamente lo que sostiene Ross, a propósito del discurso de las autoridades que formulan normas.

Es más, Ross asocia el uso de expresiones tû-tû principalmente con los juristas porque, a su parecer, la ciencia jurídica debe emprender la tarea de exponer el derecho de forma simplificada y sistemática<sup>34</sup>, pero también considera explícitamente la posibilidad de que aquellas expresiones sean usadas en la formulación de normas. Así ocurre, por ejemplo, cuando afirma que las

---

<sup>33</sup> En esta línea, pero con una visión más crítica, Olivecrona argumenta que, si bien el propósito de las normas es siempre influir en las acciones de las personas, dicho propósito resulta oscurecido, en una medida no pequeña, por la técnica de la creación legislativa basada en conceptos tales como derechos, obligaciones y sus complementarios. Las normas parecen ocuparse primordialmente de la existencia de derechos y deberes y suelen no tratar (o tratar solo parcialmente) las acciones de las personas; K. Olivecrona, *Law as a fact*, Oxford University Press, London, 1939. Citado por la traducción al español de G. Cortés, *El derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 17-18. Una propuesta de extender esta crítica al uso de estas expresiones en otros discursos jurídicos puede verse en M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross*, cit., p. 120 y ss.

<sup>34</sup> A. Ross, *Tû-tû*, cit., p. 30.

proposiciones (i) una persona que ha comprado una cosa tiene la propiedad de ella y (ii) una persona que tiene la propiedad de una cosa puede obtener que se la entreguen, tomadas en su conjunto, originan la regla prescriptiva según la cual una persona que ha comprado una cosa puede obtener que se la entreguen<sup>35</sup>. La conclusión sigue siendo la misma: aunque el uso de tales expresiones puede causar la impresión de que ellas denotan entidades que son creadas, modificadas o extinguidas por ciertos hechos, tales entidades son meras apariencias y las expresiones que a ellas parecen referirse no son otra cosa que vehículos lingüísticos para expresar las normas.

Por último, es preciso señalar que los términos institucionales también pueden ser usados en los discursos que aplican las normas<sup>36</sup>. A esto parece apuntar Celano cuando sostiene, por ejemplo, que (i) afirmar la existencia de un hecho institucional equivale a afirmar que se satisface el conjunto (disyuntivo o conjuntivo) de las condiciones de aplicación de un conjunto de normas condicionales de conducta ; (ii) afirmar que A y B están casados equivale a afirmar que han tenido lugar ciertos hechos y que estos hechos satisfacen el conjunto de condiciones a las que un conjunto de normas condicionales relaciona consecuencias normativas particulares; y (iii) las afirmaciones que hacen (aparentemente) referencia a hechos institucionales, afirmando su existencia o especificando sus propiedades, describen el contenido de los resultados de la calificación de hechos no institucionales sobre la base de prescripciones.

No parece, sin embargo, que este uso de los términos institucionales pueda dar sustento a la tesis de que el discurso institucional es un discurso normativo disfrazado de un discurso descriptivo, salvo que se asuma que los enunciados que afirman que ciertos hechos caen bajo el campo de aplicación de una norma son enunciados internos en el sentido de Hart y que, en consecuencia, no son descriptivos<sup>37</sup>.

Ross atribuye explícitamente una función descriptiva a este uso de las expresiones *tû-tû* cuando sostiene, por ejemplo, que la afirmación de que alguien

---

<sup>35</sup> A. Ross, *Tû-tû*, cit., p. 33.

<sup>36</sup> Agradezco a Carla Iuspa haber llamado mi atención sobre este punto.

<sup>37</sup> No puedo detenerme aquí en el asunto, pero me refiero obviamente a la función 'normativa' que Hart atribuye a los enunciados (internos) que formulan los participantes (jueces, abogados y particulares) que usan las reglas, por lo que sus presuponen la aceptación de aquellas reglas. H.L.A. Hart, *The concept of law*, cit., capítulo V. Esta función no descriptiva, sino normativa, pero diferente de la de los enunciados que formulan las reglas ya se anticipaba cuando Hart sostenía que la función de los enunciados que usan expresiones jurídicas como 'derecho', 'deber' o 'persona jurídica' es extraer una conclusión de derecho a partir de una regla relevante y de los hechos relevantes, de modo que quien formula estos enunciados no enuncia la mencionada regla ni enuncia o describe los mencionados hechos. H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, en *The Law Quarterly Review*, 1953. Citado por su publicación en, *Essay in jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 28 y 35.

es titular de la propiedad de una cosa puede referirse a la situación compleja de que existe uno de los hechos que se consideran que acuerdan propiedad y de que puede obtener la entrega de la cosa<sup>38</sup>. Del mismo modo, el enunciado de que una persona es 'casada' se refiere, según Ross, por un lado, al suceso puramente fáctico de la celebración del matrimonio y, por otro lado, a que, según el derecho vigente, este suceso produce efectos jurídicos específicos<sup>39</sup>.

Estas consideraciones permiten explicitar, en primer lugar, que no todo discurso que hace uso de términos institucionales es un discurso normativo disfrazado de un discurso descriptivo. Los discursos que se valen de expresiones institucionales para presentar o exponer abreviadamente conjuntos de normas son auténticamente descriptivos. En segundo lugar, la afirmación según la cual negar el carácter descriptivo de un discurso institucional equivale a negar la posibilidad de los hechos institucionales necesita ser aclarada. Negar que las normas describan cuando aparentan referirse a un mundo donde ciertos hechos tienen la capacidad de crear hechos jurídicos o institucionales, como la propiedad o el matrimonio, no es demasiado novedoso. Lo que Celano parece querer decir es que, dado que los hechos institucionales no son otra cosa que meras apariencias, quien crea que es posible referirse a ellos y describirlos como si realmente existieran está equivocado.

En efecto, la tesis de Ross ha sido discutida precisamente en términos de la existencia de los hechos institucionales. Así, por ejemplo, y siguiendo a Ross, se sostiene que, si las expresiones que supuestamente se refieren a hechos institucionales, no son otra cosa que palabras vacías sin referencia semántica alguna, no es necesario postular la existencia de hechos institucionales para formular afirmaciones verdaderas sobre la conexión que las normas de un ordenamiento jurídico establecen entre una pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes y una pluralidad acumulativa de consecuencias condicionadas<sup>40</sup>. En contra de Ross, se argumenta, en cambio, que, si bien las expresiones que designan estatus jurídicos como 'derecho subjetivo', 'deber' y 'propiedad' carecen de referencia física, se refieren a entidades institucionales que son subespecies de las entidades sociales que existen en la realidad social<sup>41</sup>.

### 2.3. La ontología jurídica asumida por Ross

La negación de la posibilidad de los hechos institucionales adopta, según Celano, al menos dos formas que corresponden a dos objeciones susceptibles de

---

<sup>38</sup> A. Ross, *Tû-tû*, cit., p. 33.

<sup>39</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 215.

<sup>40</sup> P. Comanducci, *Kelsen vs. Searle: A tale of two constructivist*, en *Analisi e diritto*, 1999. Citado por la traducción al español, *Kelsen y Searle*, en *Hacia una teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 224-225.

<sup>41</sup> J. Hage, *The Meaning of Legal Status Words*, en J. Hage, D. Von Pfordten (eds.), *Concepts in Law*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-London-NewYork, 2009.

ser interpretadas como generalizaciones de tesis desarrolladas en el ámbito de la teoría del derecho. Una de estas objeciones es precisamente la 'objección de la redundancia' que, a juicio de Celano, es expresión de una teoría del derecho rigurosamente normativista. La otra es la 'objección escéptica' que, en opinión de Celano, es expresión de una posición realista extrema en teoría del derecho. Conforme a esta objeción, quienes utilizan términos institucionales serían presa de una alucinación colectiva porque: (i) las entidades institucionales son entidades ilusorias, de suerte que la creencia en su existencia es comparable a la creencia en los demonios o en los espíritus, y (ii) la idea de que las personas tienen el poder de hacer nacer, mantener vivos y poner fin a la existencia de los hechos institucionales es una idea mágica: es la idea de un poder mágico o sobrenatural<sup>42</sup>.

De acuerdo con Celano, ambas objeciones (la objeción escéptica y la objeción de la redundancia) son expresiones de una actitud reduccionista hacia los hechos institucionales. Para la primera, el discurso o vocabulario institucional es vacío, no posee significado y, en el mejor de los casos, tiene valor expresivo de los estados de ánimo del hablante. Para la segunda objeción el discurso institucional es un discurso normativo disfrazado de discurso descriptivo, salvo que se lo interprete como una descripción del contenido de normas en algún sentido existentes. Desde ambos puntos de vista (el realista y el normativista), quien hable de los hechos institucionales como si estos existieran realmente y como si fueran susceptibles de descripción del mismo modo que los hechos naturales, es víctima del error consistente en cosificar entidades inexistentes<sup>43</sup>.

La relación entre las dos formas de reduccionismo (realista y normativista) puede, según Celano, aclararse todavía más. Desde el punto de vista realista extremo, la eventual reducción del discurso o vocabulario institucional al discurso o vocabulario normativo no podría, en ningún caso, rescatar al discurso institucional del vicio de la insensatez, ya que el vocabulario normativo, en sí mismo, es insensato. Las calificaciones deónticas de la conducta no expresan, según Celano, nada real ni objetivamente existente, sino que tienen un carácter meramente ideológico (la idea de obligación es una idea ilusoria: es la idea de un vínculo mágico, no físico y, sin embargo, vinculante). Por lo tanto, desde un punto de vista realista, el uso de términos deónticos, o términos normativos en general, no sería (científicamente) admisible: no habría nada objetivo en las normas, excepto que las personas están presas de una falsa creencia en la posibilidad de un vínculo no físico<sup>44</sup>.

Celano tiene entonces mucha razón al no atribuir a Ross la objeción escéptica, sino únicamente la objeción de la redundancia. Lo primero que debe subrayarse es que los presupuestos ontológicos de la tesis de Ross sobre el uso de las expresiones 'derecho subjetivo' y 'deber' en el discurso de las autoridades

---

<sup>42</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 83-85.

<sup>43</sup> *Ivi*, p. 85-86.

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 86, nota 10.

normativas son los mismos que los de la tesis que afirma que estas y otras expresiones carecen de referencia semántica cuando son usadas en el discurso de la ciencia jurídica: no existen en el mundo entidades a las que podemos llamar derechos subjetivos, deberes, propiedad, matrimonio, etc<sup>45</sup>.

De lo anterior se sigue que tampoco existen entidades a las que podamos llamar pretensiones, libertades, competencias, inmunidades, obligaciones, no-pretensiones, sujeciones e incompetencias. La razón obvia es que, según Ross, estas expresiones están implícitas en los términos 'derecho subjetivo' y 'deber', tanto cuando ellos son usados en el discurso de las autoridades normativas, como cuando son usados en el discurso de la ciencia del derecho<sup>46</sup>.

En segundo lugar, a lo hasta ahora dicho debe añadirse que, aunque Ross no lo contempla, es evidente que al menos algunas de las expresiones hohfeldianas son explícitamente usadas en el discurso de las autoridades normativas para formular normas y que todas las expresiones hohfeldianas pueden ser explícitamente usadas en el discurso de los juristas para describir normas<sup>47</sup>.

Así, por ejemplo, la norma individual que exige al vendedor entregar al comprador la cosa vendida en caso de haberse celebrado una compraventa podría ser expresada o descrita enunciando que el vendedor tiene la obligación de entregar al comprador la cosa vendida o enunciando que el comprador tiene la pretensión de que el vendedor le entregue la cosa vendida. Análogamente, la norma individual que atribuye a los órganos legislativos el poder jurídico de crear normas generales podría ser expresada o representada enunciando que la competencia para producir normas generales pertenece a los órganos legislativos o enunciando que las personas están sujetas a las normas generales dictadas por los órganos legislativos<sup>48</sup>.

Además, y con independencia de que el discurso de la ciencia jurídica pueda valerse de las expresiones que Ross denomina 'tû-tû', las expresiones hohfeldianas también son usadas para describir pequeños o grandes conjuntos de normas jurídicas. Muchas instituciones del derecho positivo son, como observa Celano, habitualmente representadas y analizadas en términos de conjuntos de 'posiciones (o situaciones) jurídicas subjetivas' que se atribuyen a uno o más sujetos que satisfacen determinadas condiciones y en términos de las condiciones de adquisición, modificación y extinción de tales atribuciones<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross*, cit., p. 114.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*; R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappicheli, Torino, 2014, p. 83-86. Citado por la traducción de A. Nuñez, *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

<sup>48</sup> M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross*, cit., p. 115.

<sup>49</sup> B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013. Citado por la traducción al español de F. Morales Luna, *Los derechos en el Estado Constitucional*, Palestra, Lima, 2019, p. 23.

Ahora bien, y dado que, según Ross, expresiones como ‘derecho subjetivo’ y ‘deber’ son usadas para expresar las normas que los sistemas jurídicos contienen, así como para exponer dichas normas, desde la perspectiva de este autor, las normas sí existen. Ross asume una ontología jurídica parcialmente reduccionista y no completamente reduccionista<sup>50</sup>, como la que adoptaría una posición realista extrema<sup>51</sup>.

En *On law and Justice*, obra que Celano tiene a la vista, las normas jurídicas son definidas como directivas que sirven como esquemas de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales a los que Ross también llama ‘fenómenos jurídicos’ o ‘derecho en acción’. En cuanto esquemas de interpretación, las normas jurídicas harían posible comprender aquellos actos o fenómenos como un todo coherente de significación y motivación e incluso predecirlos dentro de ciertos límites. Esta aptitud de las normas, o más bien del sistema, se fundaría en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias. El derecho podría ser, por lo mismo, considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua<sup>52</sup>.

Esta idea de correlación mutua es posteriormente desarrollada en *Directive and Norms*. Allí una norma es definida como un directivo que corresponde a ciertos hechos sociales de tal manera que la forma o patrón de conducta expresada en la norma: (i) es seguida en general por los miembros de la sociedad y (ii) es sentida o interiorizada por ellos como obligatoria (válida)<sup>53</sup>.

Esta definición daría sentido a dos clases de usos corrientes y fundamentales de la noción “norma”: (i) al definirse como un directivo, en el sentido de un contenido significativo, se daría sentido al uso según el cual una norma puede ser seguida o cumplida, sentida como obligatoria y estar relacionada con otras normas con las cuales constituya un sistema; y (ii) al exigirse la correspondencia con ciertos hechos sociales, se daría sentido al uso según el cual las normas puedan existir realmente (tener vigencia) y que los enunciados a ese efecto formen parte de la descripción de las sociedades<sup>54</sup>.

Los elementos que determinan el contenido significativo de las normas son, según Ross, de dos clases. En primer lugar, se consideran aquellos cuya función es describir la idea-acción: (i) el sujeto de la norma, esto es, el agente o agentes que

---

<sup>50</sup> M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross*, cit., p. 117-120.

<sup>51</sup> No interesa entrar en la discusión sobre si la ontología jurídica asumida por Ross es de carácter naturalista, como afirman, por ejemplo, T. Spaak, *Alf Ross on the Concept of a Legal Right*, cit., p. 463 y B. Brožek, *Sobre tú-tú*, en *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 2015, vol. 27, p. 30, puesto que ello depende de cómo sea entendido el naturalismo.

<sup>52</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 30-31, 40-41, 55, 60-61.

<sup>53</sup> A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 106-108, 20.

<sup>54</sup> *Ivi*, p. 101-107.

han de comportarse de acuerdo con la idea-acción; (ii) la situación en la que ha de seguirse la norma; y (iii) el tema de la norma, esto es, cómo ha de comportarse el sujeto en las condiciones especificadas: la acción u omisión<sup>55</sup>.

En segundo lugar, se considera el operador directivo cuya función es indicar que la idea-acción es presentada como una forma de conducta y que no es pensada como real. En contraste con la variedad de intenciones y expresiones asociadas a los directivos en general, la expresión lingüística de las normas sería, en cierta medida, uniforme. Como la raíz existencial de las normas reside en los sentimientos de validez, habría expresiones especialmente apropiadas para indicar el operador directivo. Expresiones y frases deónticas, como 'deber', 'tener que', 'tener derecho a', 'obligación', 'justo', tendrían el rasgo común de reflejar el sentimiento de validez y obligación que es la base existencial de las normas<sup>56</sup>.

Aquí tiene importancia recordar que, desde la perspectiva de Ross, el significado y función de cualquier enunciado usado para expresar normas jurídicas es influir en la conducta de las personas. Esto vale especialmente para aquellos enunciados que se formulan en términos de derechos subjetivos y deberes aparentemente creados, modificados y extinguidos cuando se verifican ciertos hechos. En este contexto, las expresiones 'derecho subjetivo' y 'deber', así como las expresiones hohfeldianas que están implícitas en ellos, no son otra cosa que herramientas lingüísticas para expresar las normas<sup>57</sup>.

A juicio de Ross, el análisis de los elementos que determinan el contenido significativo de la norma y, por tanto, la norma misma, debe mantenerse separado de la descripción del trasfondo fáctico de la norma, esto es, las condiciones sociales de las que depende su existencia<sup>58</sup>. Respecto de aquellas condiciones y tras descartar las explicaciones psicologista y conductista del sentimiento de validez, Ross desarrolla la tesis que afirma que el derecho puede ser determinado sin ambigüedad como el conjunto de normas seguidas y mantenidas por los órganos estatales (legislativos, judiciales y administrativos). Estas reglas que gobiernan la estructura y funcionamiento de la maquinaria jurídica, en general, no serían impuestas por la fuerza, sino cumplidas voluntariamente en virtud del sentimiento de validez que las dota de la fuerza de obligar. Su fuente de efectividad sería la lealtad de aquellos órganos a la Constitución y a las instituciones derivadas de esta, junto con las sanciones no violentas de desaprobación y crítica que esta actitud implica, nada de lo cual excluiría la aplicación de sanciones organizadas que es característica del derecho como orden institucional<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 138.

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 138 y 150-151.

<sup>57</sup> M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross*, cit., p. 119.

<sup>58</sup> A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 138.

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 109-121.

Como lo muestran estas observaciones, la teoría de Ross está comprometida con una ontología con arreglo a la cual las normas son elementos constitutivos de la realidad jurídica. La existencia de las normas jurídicas depende de hechos empíricos, pero aquellas no son reducibles a estos. La palabra ‘norma’ tiene, en consecuencia, referencia semántica en la realidad jurídica<sup>60</sup>. Esto es importante porque, en los trabajos de Celano que aquí son revisados, él comparte este compromiso.

#### **2.4. La reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario normativo y la reductibilidad ontológica de los hechos institucionales a las normas<sup>61</sup>**

A esta altura debiera ser evidente que la tesis defendida por Celano, con apoyo en Ross, es que los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a normas. En la afirmación de que el vocabulario institucional es reducible al vocabulario normativo está implicada la afirmación de que los hechos (institucionales) denotados por el vocabulario institucional no existen y que, en su lugar, existen conjuntos de normas. Me interesa subrayarlo porque la sustitución de un vocabulario por otro vocabulario, aunque sea llamada ‘reducción’, no necesariamente implica que lo denotado por el primer vocabulario sea eliminado, esto es, ontológicamente reducido.

En su uso técnico, la expresión ‘reducción’ se refiere a una relación asimétrica entre un relata A y un relata B. La afirmación de que A es reducible a B admite muy diversas interpretaciones que dependen de cómo se conciban los relata de la relación y las condiciones que deben cumplir los relata relevantes para instanciar la relación<sup>62</sup>.

Se ha sugerido que, según como sean concebidos los relata (el tipo de entidades que conforman la relación de reducción), es posible distinguir entre reducciones representacionales y reducciones ontológicas. Mientras las condiciones de un modelo apropiado de reducción representacional requerirían la identificación de un tipo específico de similitud intencional entre las entidades representacionales (i.e. teorías, modelos, conceptos), las condiciones de un modelo apropiado de reducción ontológica requerirían la identificación de un tipo específico de similitud intrínseca entre las entidades no representacionales (i.e. objetos, propiedades, eventos)<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross*, cit., p. 117-119.

<sup>61</sup> No tengo palabras para agradecer la valiosa ayuda de Daniel González Lagier en la elaboración de esa sección.

<sup>62</sup> J. Searle, *The rediscovery of mind*, MIT Press, Cambridge, 1992, p. 123; J.G. Michel, [Reductionism](#), en *The online encyclopedia of the digital humanities Project Special Action*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 2; R. van Riel, R. van Gluck, [Scientific reduction](#), en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, p. 34-35.

<sup>63</sup> R. van Riel, R. van Gluck, [Scientific reduction](#), cit., p. 36-37.

Esta distinción es poco útil en la medida en que oscurece que las reducciones representacionales pueden ser representativas de reducciones ontológicas. De hecho, tengo serias dudas de la conveniencia de hablar, en este caso, de reducción representacional y, en principio, creo que sería mejor hablar de traducción de un vocabulario a otro vocabulario. No obstante, si no se quiere abandonar aquella terminología, la traducibilidad/traducción de un vocabulario a otro vocabulario podría tomar el nombre de reductibilidad/reducción 'conceptual' y definirse en los términos siguientes: un vocabulario A es reducible a un vocabulario B si y sólo si el vocabulario A es traducible al vocabulario B (lo expresado por el vocabulario A puede expresarse en el vocabulario B), sin pérdida de significado.

Así entendida, la traducción o reducción conceptual de un vocabulario a otro vocabulario implica una reducción ontológica. Una entidad A es ontológicamente reducible a una entidad B si y sólo si A no es otra cosa que B, como consecuencia de lo cual A es eliminable y, por tanto, sustituible por B. Así, por ejemplo, de acuerdo con Searle, las puestas de sol no son otra cosa que apariencias generadas por la rotación de la tierra sobre su eje en relación con el sol. La reducción de las puestas de sol a la rotación de la tierra es eliminativa en cuanto demuestra que aquellas son una simple apariencia. Una reducción eliminativa es precisamente aquella que muestra que el fenómeno reducido en realidad no existía<sup>64</sup>.

Si la sustitución de un vocabulario por otro vocabulario implica una reducción ontológica, estamos frente a una relación entre palabras y oraciones, donde las palabras y las oraciones que se refieren a un tipo de entidad pueden ser traducidas sin residuo alguno a palabras y oraciones que refieren a otro tipo de entidad. Dado que las palabras y las oraciones son definicionalmente reductibles, las entidades correspondientes a las que se refieren las palabras y las oraciones son ontológicamente reductibles<sup>65</sup>. Cuando consideramos que un vocabulario es traducible a otro vocabulario, es decir, que es sustituible por otro sin pérdida de significado, asumimos que lo denotado por el primer vocabulario es lo mismo que lo denotado por el segundo vocabulario. Son intertraducibles porque tienen la misma referencia.

Ahora bien, la sustitución de un vocabulario por otro vocabulario puede ser representativa de otro tipo de reducción que puede llamarse 'explicativa causal' porque en ella se redefine la expresión que denota el fenómeno reducido de manera de identificarlo con sus causas. Para que la reducción sea exitosamente

---

<sup>64</sup> J. Searle, *Mind: a brief introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 76-77, 85-86.

<sup>65</sup> En estos términos Searle define la que llama 'reducción lógica o definicional' (J. Searle, *The rediscovery of mind*, cit., p. 45).

explicativa, el vocabulario reductor no debe dejar fuera ningún aspecto del fenómeno a explicar, ninguna brecha explicativa residual<sup>66</sup>.

Así, de acuerdo con Searle, podríamos decir que los objetos sólidos (que tienen cierto tacto, resisten la presión y son impenetrables por otros objetos) no son otra cosa que agrupamientos de moléculas. Lo que, sin embargo, diferencia a este caso del de las puestas de sol es que la reducción no es eliminativa porque ella no muestra que los objetos sólidos no tengan existencia real (i.e. que no oponen una resistencia real a otros objetos). La conclusión de Searle es que la solidez no es ontológicamente reducible al comportamiento molecular, sino causalmente reducible al comportamiento molecular. A su parecer, un fenómeno de tipo A es causalmente reducible a un fenómeno de tipo B si y sólo si el comportamiento de A es totalmente explicable en términos causales por el comportamiento de B, y A no tiene facultades causales al margen de las de B. Así, las características de los objetos sólidos se explican de manera causal a través del comportamiento molecular, y la solidez no tiene poderes causales adicionales a las facultades correspondientes de las moléculas<sup>67</sup>.

Lo que me interesa destacar es que, en este tipo de reducción, se sustituye un vocabulario por otro vocabulario, pero esta sustitución no es una traducción y, por lo mismo, no implica una reducción ontológica. La sustitución implica un cambio de significado precisamente porque se asume que lo denotado por el primer vocabulario no es lo mismo que lo denotado por el segundo. Tales vocabularios no son intertraducibles justamente porque no tienen la misma referencia.

Mi propuesta es que, así como Searle acepta que la solidez puede ser explicada en términos causales, esto es, en un vocabulario causal, podría aceptarse que los hechos institucionales pueden ser explicados en términos normativos, esto es, en un vocabulario normativo. Adviértase que al aceptarse que los hechos institucionales pueden ser explicados en términos normativos se está aceptando una reducción que, si bien no es ontológica, tampoco es causal, puesto que no podemos decir que las normas (denotadas por el vocabulario normativo) causan los hechos institucionales.

El tipo de relación que estamos buscando, y que es análoga a la relación causal, es una relación metafísico-constitutiva (de 'fundamentación', de 'determinación' o de 'dependencia') establecida por una regla constitutiva, entre

---

<sup>66</sup> R. van Riel, R. van Gluck, *Scientific reduction*, cit., p. 41. Soy consciente de que se discute si las reducciones causales deben o ser consideradas reducciones ontológicas. R. van Riel, R. van Gluck, *Scientific reduction*, cit., p. 51; J. Searle, *The rediscovery of mind*, cit., p. 45-46. Para los fines de este trabajo es conveniente distinguirlas.

<sup>67</sup> Análogamente, es posible decir que la conciencia no es sino comportamiento neuronal en el sentido de que la conciencia recibe una completa explicación causal a través del comportamiento neuronal, pero con ello no se demuestra que la conciencia no sea otra cosa que ese comportamiento. Podemos hacer una reducción causal, pero no una reducción ontológica. J. Searle, *Mind: a brief introduction*, cit., p. 76-77, 83-86.

cierto tipo de condiciones constitutivas y cierto tipo de resultados constituidos<sup>68</sup>. Bajo esta óptica, podríamos decir que conjuntos de normas fundamentan o determinan los hechos institucionales; que los hechos institucionales dependen de conjuntos de normas; o que los hechos institucionales son los resultados constituidos a que da lugar la existencia de conjuntos de normas.

En este punto es preciso subrayar que, los enunciados lingüísticos que identifican la relación metafísico-constitutiva que, establecida por reglas constitutivas, permite decir que algo es un resultado constituido que se produce cuando se verifican ciertas condiciones constitutivas son, como sostiene Redondo, pragmáticamente ambivalentes. Dichos enunciados podrían entenderse: (i) como expresión de la regla misma que, por lo mismo, tiene una dirección de ajuste mundo-a-mente; y (ii) como expresión de una tesis informativa que permite explicar por qué ciertos resultados tienen lugar y que, por lo mismo, tiene una dirección de ajuste mente-a-mundo. De este modo, aquella relación metafísico-constitutiva podría ser considerada: (i) una relación productiva sobre cuya base podemos afirmar que la verificación de las condiciones produce o da lugar a un resultado constituido, y (ii) una relación explicativa sobre cuya base podemos decir que la verificación de las condiciones constitutivas explica o hace inteligible la existencia de ciertos resultados ya producidos o a producirse<sup>69</sup>.

La reducción puede entonces conectarse con la noción de fundamentación. En lo que interesa, si la reducción se basa en una noción explicativa y el vocabulario explicativo es interpretado de manera no causal, puede introducirse

---

<sup>68</sup> Una noción manejable y deflacionaria, así como una breve caracterización de esta relación a partir de los debates de la metafísica analítica contemporánea puede verse M. Redondo, *Sobre el carácter constituido y constitutivo del derecho*, cit., p. 224-229, quien advierte que la relación de determinación metafísica establecida por normas no solamente puede hacer referencia a la relación general o estructural entre condiciones constitutivas y resultados constituidos que hace posible un universo de acciones, hechos, situaciones o mundos, sino también a la relación individual que se establece, en un momento y lugar determinados, entre la verificación de las condiciones establecidas y la producción de los resultados previstos, es decir, a la situación en la que la verificación de las condiciones constitutivas produce un resultado individual previsto. En el ámbito de la metafísica analítica, ver, por ejemplo, B. Epstein, *The Ant Trap. The Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford University Press, Oxford, 2015; J. Schaffer, *On what grounds what*, en D. Chalmers, D. Manley, R. Wasserman (eds.), *Metametaphysics. New essays on the foundations of ontology*, Clarendon Press, Oxford, 2009; G. Rosen, *Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction*, en B. Hale, A. Hoffmann (eds.), *Modality. Metaphysics, Logic, and Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2010; F. Correia, B. Schnieder (eds.), *Metaphysical Grounding Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

<sup>69</sup> M. Redondo, *Sobre el carácter constituido y constitutivo del derecho*, cit., p. 228-229.

una noción como la de fundamentación por referencia a conectores explicativos como 'porque' o en 'virtud de que'<sup>70</sup>.

A partir de estas consideraciones, podríamos decir que un fenómeno de tipo A es metafísicamente reducible a un fenómeno de tipo B si y sólo si A es completamente explicable en términos de su fundamentación en B, su determinación por B o su dependencia de B, y A no tiene facultades metafísicas al margen de las de B. O bien podríamos decir que un fenómeno de tipo A es metafísicamente reducible a un fenómeno de tipo B si y sólo si A es completamente explicable en términos de ser el resultado constituido a que da lugar la verificación de las condiciones constitutivas B, y A no tiene facultades metafísicas al margen de las de B.

Continuando con la analogía antes empleada, podríamos decir que, así como las características de los objetos sólidos se explican causalmente a través del comportamiento molecular, y la solidez no tiene poderes causales adicionales a las facultades correspondientes de las moléculas, las características de los hechos institucionales se explican metafísicamente a través de las normas que los determinan o constituyen, y que los hechos institucionales no tienen poderes metafísicos adicionales a los de aquellas normas.

En resumidas cuentas, así como podemos decir que los objetos sólidos son causalmente reducibles a agrupaciones moléculas, podríamos decir que los hechos institucionales son metafísicamente reducibles a conjuntos de normas. Por lo mismo, así como es posible decir que el vocabulario institucional es reducible al vocabulario normativo, sería posible decir que el vocabulario que se usa para denotar la solidez (impenetrabilidad, resistencia, etc) es reducible al vocabulario molecular. En uno y otro caso, estamos ante la sustitución de un vocabulario por otro vocabulario, pero aquello que es denotado por el primer vocabulario no es ontológicamente reducible a (eliminable y sustituible por) aquello que es denotado por el segundo.

Todo esto nos permite advertir y explicitar qué es lo que está necesariamente implicado cuando aceptamos que los hechos institucionales pueden ser explicados en términos normativos o en un vocabulario normativo y, en consecuencia, qué es lo que no está necesariamente implicado en la afirmación de que el vocabulario institucional es reducible al vocabulario normativo. Nos permite advertir y explicitar que aceptar la reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario normativo no necesariamente implica aceptar que las entidades denotadas por el primer vocabulario (los hechos institucionales) son ontológicamente reducibles a (eliminables y sustituibles por) las entidades denotadas por el segundo vocabulario (las normas). Esto último depende de cuál sea el criterio de existencia que se utilice.

Es evidente que Ross y Celano aceptan ambas reducciones, de modo que, desde su perspectiva y en lo que respecta a los hechos institucionales y su

---

<sup>70</sup> R. van Riel, R. van Gluck, *Scientific reduction*, cit., p. 58-59.

reductibilidad a normas, no es preciso distinguir la reducción entre vocabularios de la reducción ontológica. No es necesario, como afirma Comanducci, postular la existencia de hechos institucionales para formular afirmaciones verdaderas sobre la conexión que las normas de un ordenamiento jurídico establecen entre una pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes y una pluralidad acumulativa de consecuencias condicionadas<sup>71</sup>. Del mismo modo, tampoco es necesario postular la existencia de hechos institucionales o entidades metafísicas para formular normas usando expresiones como derechos, deberes, propiedad o matrimonio.

Desde este punto de vista, los hechos institucionales, como la propiedad o el matrimonio, son, aparentes, como las puestas de sol, al margen de que se reconozca la utilidad que puede tener usar expresiones como 'propiedad' o 'matrimonio'<sup>72</sup> o el valor expresivo que puede tener el recurso a este vocabulario, de suerte que la reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario normativo no implica que sea bueno hacer la reducción y, mucho menos, que siempre debamos hacerla. Como sostiene Celano, probablemente Searle no estaría dispuesto a conceder que esto es, en última instancia, lo que está en juego en la afirmación de la existencia de hechos institucionales<sup>73</sup>.

En efecto, Searle, no aceptaría que los hechos institucionales son, como las puestas de sol, meras apariencias. Sin embargo, creo que sí podría aceptar que el vocabulario institucional es reducible al vocabulario normativo, en la medida en que ello solamente suponga aceptar que las entidades denotadas por los términos institucionales (los hechos institucionales) pueden explicarse en términos normativos, tal como acepta que la solidez puede explicarse en términos causales. Por lo mismo, podríamos decir que, desde la perspectiva de Searle, y en lo que respecta a la reductibilidad de los hechos institucionales a normas, es necesario distinguir la reducción entre vocabularios de la reducción ontológica.

Lo que para los fines de este trabajo me interesa destacar es que, en lo que dice relación con la reductibilidad de los hechos institucionales a normas, la tesis de Celano y de Ross es tautológicamente correcta<sup>74</sup>. Desde su punto de vista, la reducción entre vocabularios implica necesariamente una reducción ontológica porque su criterio de existencia es la irreductibilidad entre vocabularios: existe todo aquello y solamente aquello que es denotado por vocabularios irreducibles. Cosa distinta es que haya o pueda haber otros criterios para atribuir existencia.

---

<sup>71</sup> P. Comanducci, *Kelsen vs. Searle: A tale of two constructivist*, cit., p. 224-225.

<sup>72</sup> A. Ross, *Tû-tû*, cit., p. 26 ss.; B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 45, 56; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 83, 97.

<sup>73</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 56.

<sup>74</sup> Agradezco a Daniel González Lagier haber llamado mi atención sobre este punto.

### 3. Sobre la reductibilidad de los hechos institucionales a normas prescriptivas o de conducta

#### 3.1. El argumento de Celano

Hasta aquí hemos podido comprobar la plausibilidad de la tesis, compartida por Ross y Celano, según la cual los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a normas. Pero sabemos que Celano sostiene que afirmar la existencia de un hecho institucional equivale a aceptar (colectivamente) una prescripción (un conjunto de prescripciones) o, subsidiariamente, a afirmar que una determinada prescripción (un cierto conjunto de prescripciones) es colectivamente aceptada<sup>75</sup>. La supuesta reductibilidad de las reglas constitutivas a las reglas regulativas o prescriptivas con base en el análisis de Ross sobre las expresiones tû-tû ha sido analizada críticamente en más de una ocasión<sup>76</sup>, pero aquí me interesa examinar cómo Celano obtiene esta conclusión.

Como se debe recordar, Celano llama a la objeción de la redundancia ‘tesis de la reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario normativo’. En este contexto, y teniendo como referencia el capítulo quinto de *On law and justice* referido a las modalidades de las normas jurídicas, Celano atribuye a Ross la tesis según la cual el vocabulario de las posiciones normativas subjetivas (pretensión, deber; libertad, no-pretensión; poder, sujeción; inmunidad, no poder) es reducible al vocabulario deóntico básico (obligatorio, prohibido y permitido)<sup>77</sup>. Esta tesis es relevante porque, a partir de la misma, Celano concluye que los hechos institucionales son reducibles a la aceptación de normas prescriptivas.

Hemos visto que, de acuerdo con Ross, las expresiones que se refieren a lo que Celano llama ‘posiciones normativas subjetivas’ están implícitas en las expresiones ‘derecho subjetivo’ y ‘deber’ que suelen ser usadas para expresar las normas jurídicas de conducta y las normas jurídicas de competencia: (i) ‘pretensión’, ‘obligación’, ‘libertad’ y ‘no-pretensión’ son modalidades de las

---

<sup>75</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 55; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 96.

<sup>76</sup> Por ejemplo, A. Lojo, *Una respuesta a la concepción reduccionista de las reglas constitutivas*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, cit.; Roversi, *Contra el reduccionismo sobre las reglas constitutivas*, cit.

<sup>77</sup> Según Celano, la ‘tesis de la reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario normativo se presentaría en dos versiones: (i) reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario de los derechos lato sensu (posiciones normativas subjetivas: pretensión, deber; libertad, no-pretensión; poder, sujeción; inmunidad, no poder); y (ii) reductibilidad del vocabulario institucional al vocabulario de las modalidades deónticas básicas: obligación, prohibición, permiso. A esto agrega que, si se cree, como Ross, que el vocabulario de los derechos (de las posiciones normativas subjetivas) es reducible al vocabulario deóntico básico, la primera versión de la tesis de la reductibilidad implicará la segunda (B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 46). La referencia es al capítulo quinto de *On law and justice* de Ross.

normas de conducta, y (ii) 'competencia', 'sujeción', 'incompetencia' e 'inmunidad' son modalidades de las normas de competencia.

Dado que, según Ross, no existen en el mundo entidades a las que podamos llamar derechos subjetivos y deberes, tampoco existen entidades a las que podamos llamar pretensiones, libertades, competencias, inmunidades, obligaciones, no-pretensiones, sujeciones e incompetencias. Podemos, en consecuencia, concluir que, desde la perspectiva de Ross, las entidades que supuestamente son denotadas por las expresiones hohfeldianas son ontológicamente reducibles a (eliminables y sustituibles por) normas de conducta y normas de competencia. Una vez más, y de modo tautológico, la reductibilidad de un vocabulario a otro vocabulario implica reductibilidad ontológica porque el criterio de existencia es justamente la irreductibilidad entre vocabularios: existe todo aquello y solamente aquello que es denotado por vocabularios irreducibles.

Como, de acuerdo con Ross, el vocabulario hohfeldiano no es otra cosa que un instrumento lingüístico para expresar las normas jurídicas, la tesis que Celano le atribuye y que afirma que el vocabulario de las posiciones normativas subjetivas es reducible al vocabulario deóntico básico necesita ser reformulada o formulada más claramente. Específicamente, necesita ser reformulada en términos de la tesis conocidamente defendida por Ross, tanto en *On law and justice* como en *Directive and norms*, según la cual las normas de competencia (y sus respectivas modalidades) son lógicamente reducibles a normas de conducta (y sus respectivas modalidades)<sup>78</sup>. Esta es la tesis que Celano cree necesitar para concluir que los hechos institucionales son reducibles a normas prescriptivas, tesis que por lo demás atribuye explícitamente a Searle<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 201; A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 153.

<sup>79</sup> B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 56. En apoyo de la reformulación que se propone pueden ofrecerse dos argumentos adicionales: En primer lugar, y siguiendo directamente a Searle, Celano destaca que la estructura profunda de la intencionalidad colectiva constitutiva de cualquier hecho institucional consiste en la atribución de un nuevo poder. Así, por ejemplo, la estructura profunda de la intencionalidad colectiva constitutiva de la entidad "billete de diez euros" es: "Nosotros colectivamente aceptamos que quien esté en posesión de este tipo de papel tiene el poder de realizar los siguientes tipos de actos (el conjunto de cosas que se pueden hacer con un billete de diez euros, en tanto billete de diez euros. *Ivi*, p. 91-92. En términos más técnicos, la forma de la intencionalidad colectiva que es condición de la existencia de los hechos institucionales (la fórmula que especifica la estructura primitiva de la intencionalidad colectiva impuesta sobre el término X en la fórmula 'X tiene valor de Y en C') es: 'Nosotros (colectivamente) aceptamos (Ticio tiene poder (Ticio hace A))'. B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 47. Pues bien, Celano argumenta que, dado que la intencionalidad colectiva, que es condición necesaria para la existencia de un hecho institucional, adopta, en última instancia, esta forma, las reglas constitutivas desaparecen del análisis y, en su lugar, aparece la aceptación colectiva de normas que confieren poderes o potestades. El análisis searliano de los hechos institucionales tendría como resultado la supresión de las

### 3.2. La reductibilidad lógica de las normas de competencia a normas de conducta

Lo que Celano no advierte es que cuando Ross se refiere a la reductibilidad de las normas de competencia (y sus modalidades) a las normas de conducta (y sus modalidades), 'reductibilidad lógica' no implica reductibilidad ontológica.

Ross sostiene, en primer lugar, que tanto las cuatro modalidades de las normas de conducta como las cuatro modalidades de las normas de competencia son lógicamente reducibles entre sí con base en las relaciones de correlación y negación. En segundo lugar, afirma que, dado que la sujeción de un sujeto A a un sujeto B significa que la posición jurídica de A (expresada en términos hohfeldianos) está definida de acuerdo con las disposiciones de B, las cuatro modalidades de las normas de competencia pueden ser reducidas a las cuatro modalidades de las normas de conducta<sup>80</sup>.

En otros términos, que las normas de competencia sean lógicamente reducibles a las normas de conducta significa que las normas de competencia hacen que sea obligatorio actuar de acuerdo con las normas de conducta que han sido creadas según el procedimiento establecido en las primeras<sup>81</sup>. Cualquier norma de competencia puede, según Ross, transcribirse como una norma de conducta, aunque no viceversa. Esto implica que cualquier norma puede, a base de transformaciones lógicas, ser expresada, sin cambio de significado, por cualquiera de las cuatro modalidades de normas de conducta: pretensión, obligación, libertad/permiso, no-pretensión<sup>82</sup>.

---

reglas constitutivas y su sustitución por normas que confieren poderes. B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 55; B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, cit., p. 95. En segundo lugar, Celano sostiene que la teoría searlina de los hechos institucionales es pasible de la objeción de la redundancia porque las reglas constitutivas desaparecen del análisis y en su lugar aparecen las normas condicionales de conducta (B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 47). Es más, de acuerdo con Celano, es impactante que Searle ofrezca un tratamiento sistemático de los hechos institucionales cuyo eje consista en el análisis de las reglas constitutivas como normas que confieren poderes, si tenemos en cuenta que desde que Searle trazó la distinción entre reglas regulativas y constitutivas se han multiplicado los intentos de demostrar que las normas que confieren poderes son susceptibles de ser analizadas como reglas constitutivas. El resultado del análisis searlino de los hechos institucionales puede ser todavía más impactante -prosigue Celano- si la teoría de Searle implica, además, la reductibilidad de las normas que confieren poderes a normas condicionales de conducta (normas en términos de obligación, prohibición, permiso) (B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, cit., p. 55-56).

<sup>80</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 201.

<sup>81</sup> A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 153.

<sup>82</sup> Ivi, p. 155. Como voy a argumentar, este contexto, la expresión 'sin cambio de significado' no es usada en el mismo sentido en que se usa cuando un vocabulario es

A estas consideraciones, Ross agrega que las ocho modalidades de las normas son reducibles a términos de deber, de modo que, si definimos esta palabra, todas las otras quedan definidas<sup>83</sup>. Esto se explica porque entre las cuatro modalidades de las normas de conducta, formalmente equivalentes, se distingue como fundamental la modalidad de obligación, en cuanto ella expresaría de modo inmediato el operador directivo específico que, cuando el directivo es una norma, tiene su base existencial en el sentimiento de validez. Esta especial posición de la modalidad de obligación resultaría del hecho de que, mientras es concebible un sistema que contenga solamente normas afirmativas de obligación, no podríamos decir lo mismo de la modalidad de permiso<sup>84</sup>.

La reductibilidad lógica de las normas de competencia a las normas de conducta que Ross defiende muestra perspicuamente que la reductibilidad de un vocabulario a otro vocabulario no implica necesariamente una reductibilidad ontológica. Que una norma de competencia pueda ser expresada, sin pérdida de significado, como una norma de conducta no implica, para Ross, que las normas de competencia no existan y que, en consecuencia, sean ontológicamente reducibles a (eliminables y sustituibles por) normas de conducta. El criterio de existencia usado por Ross ya no es aquí la irreductibilidad entre vocabularios, sino, y como antes hemos visto: (i) que las directivas sean seguidas con regularidad y sentidas como obligatorias (en *On law and justice*); y (ii) que la forma de conducta expresada en la norma sea generalmente seguida y sentida o interiorizada como válida/obligatoria (en *Directive and norms*).

En último término, Ross defiende la reductibilidad lógica de cualquier modalidad normativa a la modalidad de obligación que, entonces, es considerada fundamental. Pero el propósito específico de esta reducción es conseguir una estilización del lenguaje normativo que haga más viable una lógica de normas. La propuesta consiste en un método para analizar/explicar el lenguaje normativo en términos de obligación.

Esto es particularmente claro en *Directive and norms*, obra que desafortunadamente Celano no tiene a la vista. Reconociendo que hay diversas expresiones apropiadas para reflejar el sentimiento de validez y obligación que es la base existencial de las normas, Ross afirma que es posible estilizar el lenguaje normativo introduciendo el término 'obligación' como símbolo corriente del

---

traducible a otro y, en consecuencia, la entidad denotada por el primer vocabulario es la misma que la denotada por el segundo.

<sup>83</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 201.

<sup>84</sup> Si no hubiera normas que enuncien lo que no está permitido o lo que se tiene obligación de no hacer, entonces no habría significado normativo alguno. Que me digan lo que me está permitido no me suministra ninguna guía para mi conducta, a menos que el permiso constituya la excepción a una norma de obligación (la cual puede ser tal vez la máxima general de que lo que no está permitido está prohibido). Las normas de permiso tienen la función normativa de indicar dentro de un sistema cuáles son las excepciones a las normas de obligación del sistema. A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 155.

operador directivo de una norma. Esto es, como un símbolo del elemento que indica que la idea-acción, descrita por la determinación del sujeto, de la situación y del tema, es presentada como una forma de conducta ('así debe ser')<sup>85</sup>. En ese contexto Ross es claro en cuanto a que la reducción (lógica) del vocabulario normativo a la categoría fundamental de obligación no implica una reducción ontológica, y que el objetivo de esta reducción es analizar todas las fórmulas en las que las normas pueden ser expresadas en términos de obligación:

P]odemos entonces asumir que '*obligación*' es la categoría directiva fundamental en la que cualquier norma puede ser expresada. En cualquier caso, yo haré de esto mi hipótesis de trabajo. Ello no excluye que se interprete el concepto de obligación de forma diferente según el tipo de norma en el que aparezca. Es razonable suponer que, en contextos jurídicos, convencionales y morales, se interpretará '*obligación*' según las diferentes maneras en que las normas se sienten como válidas<sup>86</sup>.

Es, sin embargo, indudable, que muchas expresiones normativas emplean términos distintos de '*obligación*'. En el lenguaje jurídico especialmente, encontramos términos y frases tales como: alguien tiene derecho a algo; tiene permiso para hacer algo, puede hacer algo, está autorizado para actuar de ciertos. Es obvio que éstas y otras fórmulas semejantes expresan algo distinto de tener una obligación. Puesto que hemos admitido la hipótesis de que '*obligación*' es la categoría única e irreductible, tenemos que mostrar cómo tales expresiones pueden ser analizadas en términos de '*obligación*'<sup>87</sup>.

Que la reductibilidad lógica no implica necesariamente reductibilidad ontológica es también particularmente perspicuo cuando Ross se pregunta si hay dos conjuntos de normas jurídicas, uno dirigido a los ciudadanos estableciendo sus obligaciones y otro dirigido a los jueces prescribiéndoles la manera de decidir los diferentes casos.

La respuesta de Ross es que, desde un punto de vista lógico, solamente existe el conjunto de normas que prescribe cómo decidir los casos, debido que las normas que se dirigen a los ciudadanos no contienen nada que no esté ya implicado en las normas que se dirigen a los jueces. Sin embargo, desde el punto de vista psicológico, existen dos conjuntos de normas. Las reglas que se dirigen a los ciudadanos -continúa Ross- se sienten psicológicamente como entidades independientes que constituyen un fundamento para las reacciones de la autoridad. A esto añade que, conforme a la definición de existencia de una norma, habría que reconocer a las normas que se dirigen a los ciudadanos como normas

---

<sup>85</sup> A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 151.

<sup>86</sup> *Ivi*, p. 152. Las cursivas más a partir del primer punto seguido.

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 151-152. Las cursivas son más.

realmente existentes, en la medida en que sean seguidas con regularidad y sentidas como obligatorias<sup>88</sup>.

### 3.3. ¿Puede justificarse la tesis de Celano?

De las consideraciones efectuadas en la sección anterior, podemos concluir que, a diferencia de lo que Celano parece creer, la tesis que él intenta justificar, esto es, que los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a conjuntos de normas prescriptivas, no necesita ni puede apoyarse en la tesis de la reductibilidad lógica de las normas de competencia a las normas de conducta defendida por Ross. Que la conclusión de Celano pueda o no apoyarse en Ross depende únicamente de cómo este último reconstruye las normas de competencia y, como es sabido, a este respecto Ross cambió de opinión<sup>89</sup>.

En *On law and justice*, Ross afirma que las normas jurídicas pueden ser divididas en dos grupos, según su contenido inmediato: (i) las normas de conducta prescriben una cierta línea de acción y su contenido real es una directiva para los jueces; y (ii) las normas de competencia son normas de conducta indirectamente formuladas porque son directivas que disponen que las normas creadas de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta<sup>90</sup>.

En *Directive and norms* Ross sostiene que cualquier sistema jurídico bien desarrollado, por ser institucional y dinámico, contiene no solamente normas de conducta que prescriben cómo actuar, sino también normas de competencia que regulan cómo crear, mediante actos jurídicos, nuevas normas<sup>91</sup>. Aquí, sin embargo, la distinción de estos dos tipos de normas jurídicas tiene su origen en la distinción más amplia que media entre las reglas regulativas que prescriben conductas cuya ejecución es lógicamente independiente de tales reglas, y las reglas constitutivas que, en cambio, definen las condiciones lógicamente necesarias para realizar

---

<sup>88</sup> Es más, a juicio de Ross, carece de importancia para la cuestión de su existencia que, además, estén sancionadas por la amenaza de coacción y, en consecuencia, que sean obedecidas por motivos mixtos, a la vez interesados (miedo a las sanciones) y desinteresados (respeto a ley y el orden). Ross concluye advirtiendo que la confusión acerca de este punto podría conducir a objetar erróneamente que la tesis lógica de que solamente existe un conjunto de normas implica que la ley es obedecida únicamente por miedo a las sanciones (A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 119-120).

<sup>89</sup> Un análisis detallado de este cambio puede verse en A. Calzetta, *Los enfoques de la competencia en Alf Ross*, en *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, 2018, vol. 31. Un intento de compatibilizar las diferentes tesis sobre las normas de competencia sostenidas por Ross en *On law and justice* y en *Directive and norms* puede verse en J. Ferrer, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 86-97.

<sup>90</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 58-59.

<sup>91</sup> A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 153.

conductas institucionales que no tienen significado ni propósito fuera de tales reglas<sup>92</sup>.

Las normas jurídicas de conducta son, según Ross, regulativas e incluyen las normas que imponen obligaciones (o prohibiciones), así como las normas permisivas cuya función normativa es indicar, dentro de un sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación<sup>93</sup>. Las normas jurídicas de competencia son, en cambio, constitutivas porque determinan las condiciones necesarias para producir nuevas normas a través de actos jurídicos (i.e. promesas, testamentos, leyes, juicios, actos administrativos) que nadie puede realizar como ejercicio de sus facultades naturales, puesto que son únicamente concebibles como constituidos por reglas jurídicas<sup>94</sup>.

Lo anterior permite advertir que, si tenemos en cuenta lo sostenido por Ross en *On law and justice*, donde todas las normas jurídicas son consideradas normas de conducta, la conclusión de Celano podría justificarse. Como hemos visto, desde la perspectiva de Celano y de Ross, los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a normas. Pues bien, si todas las normas jurídicas son prescriptivas o de conducta, se puede concluir que los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a normas prescriptivas o de conducta. Adviértase que para obtener esta conclusión no es necesario apelar a la reductibilidad lógica de las normas de competencia a las normas de conducta, ni suponer que ella implica

---

<sup>92</sup> *Ivi*, p. 68-69.

<sup>93</sup> *Ivi*, p. 155.

<sup>94</sup> Un conjunto de reglas de competencia constituye una unidad que puede dividirse usualmente en tres partes: (i) reglas que determinan la competencia personal, indicando qué personas están calificadas para participar en el procedimiento creador de nuevas leyes; (ii) reglas que determinan la competencia de procedimiento, pues definen el procedimiento a seguir; y (iii) reglas que determinan la competencia de materia, indicando aquellos asuntos de los que puede ocuparse el directivo en cuestión. En este contexto, Ross enfatiza la importancia de distinguir las normas de competencia de las normas de conducta que regulan el ejercicio de tal competencia. Mientras exceder la norma de competencia produce invalidez, violar la norma de conducta no afecta a la validez del acto jurídico, sino que encierra una responsabilidad. A. Ross, *Directives and norms*, cit., p. 72-73, 124 y 167 y ss; A. Ross, *On the On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, en *Mind*, 1969, vol. 78. Citado por la traducción al español de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, *Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México D.F., 1991, p. 43-44; A. Ross, *The rise and fall of the doctrine of performatives*, en R. Olson, et al. (eds.), *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, John Hopkins Press, Baltimore-London, 1972. Citado por la traducción al español de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México D.F., 1991 p. 111-112.

reductibilidad ontológica, porque las normas de competencia son también normas de conducta, aunque indirectamente formuladas<sup>95</sup>.

Si, en cambio, consideramos lo que Ross sostiene en *Directive and norms*, donde las normas de competencia son consideradas reglas constitutivas, la tesis de Celano no puede justificarse. Dado que los sistemas jurídicos incluyen normas de competencia y normas de conducta y que las primeras no son ontológicamente reducibles a las segundas, los hechos institucionales son ontológicamente reducibles a conjuntos de normas de conducta y normas de competencia. Por lo mismo, cuando Ross argumenta que expresiones jurídicas como propiedad o matrimonio sirven para exponer abreviadamente conjuntos de normas que conectan hechos condicionantes y consecuencias condicionadas, es claro en cuanto a que dichas consecuencias son expresables, no solamente en términos de las modalidades de las normas de conducta (pretensiones, obligaciones, libertades y no pretensiones), sino también en términos de las modalidades de las normas de competencia (competencias, sujeciones, incompetencias e inmunidades).

Lo que hemos dicho no pretende sugerir de ningún modo que la conclusión Celano está justificada por la simple razón de que, en los trabajos de su autoría que

---

<sup>95</sup> Esta tesis de Ross puede ser interpretada como una tesis semejante a aquella según la cual las reglas constitutivas, (y, entre ellas, las normas jurídicas de competencia) no guían directamente la conducta, sino que contribuyen a guiarla de manera indirecta. Sin embargo, esta tesis a veces se funda en la tesis según la cual los enunciados que suelen aparecer en los sistemas jurídicos que correlacionan -no casos con soluciones normativas, sino- casos con casos no son normas sino definiciones conceptuales defendida en C. Alchourron, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., p. 99-100. Así, por ejemplo, J. Moreso, J. Vilajosana, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 72-74; J. Rodríguez, *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 55; C. Orunesu, J. Rodríguez, *Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles*, cit., p. 97. Para una crítica de esta tesis así justificada, ver M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross*, cit., p. 127 ss; M. B. Arriagada, *Normas jurídicas y conceptos jurídicos básicos en la teoría analítica del derecho de Jorge Luis Rodríguez*, en *Isonomía* (en prensa), 2023. En otras ocasiones, la tesis según la cual las reglas constitutivas guían la conducta de forma indirecta no solamente no se funda en la tesis de Alchourrón y Bulygin, sino que incluye una crítica a su aplicación a las normas de competencia cuyo origen se encuentra en J. Aguiló, *Sobre definiciones y normas*, en *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 1990, vol. 8. Una interesante reconstrucción de las reglas que confieren poderes y de las llamadas 'reglas puramente constitutivas' como reglas que solamente tienen funcionalmente sentido en relación con las reglas regulativas se encuentra en M. Atianza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 66 ss. y es ejemplificada en J. Ruiz Manero, *Una tipología de las normas constitucionales*, en J. Aguiló, M. Atianza, J. Ruiz Manero, *Fragments para una teoría de la constitución*, Iustel, Madrid, 2007. Esta reconstrucción es discutible desde varios puntos de vista, pero no puedo entrar aquí en esta discusión. Introduzco estas referencias porque otra manera de justificar la tesis de Celano sería decir que, si bien las normas de competencia son constitutivas, ellas solamente cobran sentido en relación con conjuntos de normas regulativas.

aquí han sido revisados, no tiene en cuenta lo sostenido por Ross en *Directive and norms*, sino únicamente lo sostenido por Ross en *On law and justice*. Desde este punto de vista, su conclusión sería, una vez más, tautológicamente correcta. Sin embargo, y como he procurado mostrar, una revisión cuidadosa de los argumentos de Celano hace imposible no notar que no distingue la reducción lógica de la reducción ontológica donde debía distinguirlas justamente por su propósito declarado de apoyarse en Ross.

## Bibliografía

J. Aguiló, *Sobre definiciones y normas*, en *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 1990, vol. 8, p. 273-282

C. Alchourron, E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer Verlag, Wein-New York, 1971. Citado por la traducción al español de los autores, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975

C. Alchourron, E. Bulygin, *Definiciones y normas*, en E. Bulygin (coord.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983. Citado por su publicación en C. Alchourron, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 439-463

M.B. Arriagada, *Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas*, en *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 2017, vol. 40, p. 93-121

M.B. Arriagada, *Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross. La defensa de una teoría analítica de las normas jurídicas*, en M. Fernández (ed.), *Materiales para una teoría de los derechos. Ensayos de filosofía analítica*, Marcial Pons, Madrid, 2022a, p. 95-144

M.B. Arriagada, *Normas jurídicas regulativas y normas jurídicas constitutivas. Ontología, interpretación y cultura jurídica*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, 2022b, vol. 45, p. 377-410

M.B. Arriagada, *Normas jurídicas y conceptos jurídicos básicos en la teoría analítica del derecho de Jorge Luis Rodríguez*, en *Isonomía* (en prensa), 2023

M. Atianza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 2004

S. Berteau, *Constitutivism and Normativity: A Qualified Defence*, en *Philosophical Exploration*, 2013, vol. 16, p. 81-95. Citado por su publicación en University of Leicester School of Law Research, 2014, Paper No. 13-14

B. Bix, *Legal Theory: Types and Purposes*, en *IVR Encyclopedia of Legal Theory*, 2004. Citado por la traducción al español, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2006

- B. Brožek, *Sobre tû-tû*, en *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 2015, vol. 27, p. 25-34
- E. Bulygin, *Sobre la regla de reconocimiento*, en Bacqué (ed.), *Derecho. Filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires. Citado por su publicación en C. Alchourron, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 383-391
- E. Bulygin, *Kant y la filosofía del derecho contemporánea*, en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del derecho*, 1980, vol. 1. Citado por su publicación en C. Alchourron, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 371-382
- E. Bulygin, *On norms of competence*, en *Law and Philosophy*, 1992, vol. 11, p. 201-216. Citado por la traducción al español del autor, *sobre las normas de competencia*, en C. Alchourron, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 485-498
- A. Calzetta, *Los enfoques de la competencia en Alf Ross*, en *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, 2018, vol. 31, p. 9-29
- G. Carrió, *Nota preliminar a W. Hohfeld, Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México D.F, 1991
- B. Celano, *Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle*, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto*, 1997. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 19-54. Citado por su publicación en, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010, p. 15-61
- B. Celano, *Fatti istituzionali e fatti convenzionali*, en *Filosofia e questioni pubbliche*, 2000, vol. 5, p. 163-182. Citado por su publicación en, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010, p. 81-102
- B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013. Citado por la traducción al español de F. Morales Luna, *Los derechos en el Estado Constitucional*, Palestra, Lima, 2019
- P. Chiassoni, *I precedenti civile sono vincolanti?*, en *Diritti Humani, clause ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne, Roma, 2011. Citado por la traducción al español de D. Moreno, *¿Los precedentes son vinculantes? Consideraciones sobre el artículo 360-bis C.P.C.*, en *Desencantos para abogados realistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- P. Comanducci, *Kelsen vs. Searle: A tale of two constructivist*, en *Analisi e diritto*, 1999, p. 101-115. Citado por la traducción al español, *Kelsen y Searle*, en *Hacia una teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 209-225

- P. Comanducci, *Epistemología jurídica*, en *Hacia una teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 175-182
- F. Correia, B. Schnieder (eds.), *Metaphysical Grounding Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012
- J. Ferrer, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000
- B. Epstein, *The Ant Trap. The Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford University Press, Oxford, 2015
- D. González Lagier, *Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle*, en *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 1993, vol. 13, p. 265-276
- R. Guastini, *Teorías de las reglas constitutivas. Searle, Ross y Carcaterra*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 1984, vol. 25, p. 297-315
- R. Guastini, *Manifiesto di una filosofia analitica del diritto*, en *Distinguendo Ancora*, Marcial Pons, Madrid, 2013. Citado por la traducción al español de P. Caballero, *Manifiesto de una filosofía analítica del derecho*, en *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 77-92
- R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappicheli, Torino, 2014. Citado por la traducción de A. Nuñez, *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016
- J. Hage, *The Meaning of Legal Status Words*, en J. Hage, D. Von Pfordten (eds.), *Concepts in Law*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-London-NewYork, 2009, p. 55-66
- H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, en *The Law Quarterly Review*, 1953. Citado por su publicación en, *Essay in jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983
- H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1961. Citado por la traducción al español de G. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009
- W. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, en *The Yale Law Journal*, 1913, vol. 23, p. 19-59. Citado por su publicación en W. Wheeler (ed.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Yale University Press, New Heaven-London, 2010, p. 23-64
- W. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, en Faculty Scholarship Series, 1917, paper 4378. Citado por su publicación en W. Wheeler (ed.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Yale University Press, New Heaven-London, 2010, p. 65-114
- A. Lojo, *Una respuesta a la concepción reduccionista de las reglas constitutivas*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 85-107

- A. Marmor, *Constitución mediante reglas*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 109-128
- J.G. Michel, [Reductionism](#), en *The online encyclopedia of the digital humanities Project Special Action*, Oxford University Press, Oxford, 2018
- J. Moreso, J. Vilajosana, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004
- K. Olivecrona, *Law as a fact*, Oxford University Press, London, 1939. Citado por la traducción al español de G. Cortés, *El derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires, 1959
- C. Orunesu, J. Rodríguez, *Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 187-221
- C. Orunesu, J. Rodríguez, G. Sucar, *Inconstitucionalidad y derogación*, en *Discusiones*, 2001, vol. 2, p. 11-58
- J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975. Citado por la traducción al español de J. Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991
- M. Redondo, *El Positivismo jurídico "interno"*, Klub Revus, Ljubljana, 2018.
- M. Redondo, *Sobre el carácter constituido y constitutivo del derecho*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 223-252
- J. Rodríguez, *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021
- G. Rosen, *Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction*, en B. Hale, A. Hoffmann (eds.), *Modality. Metaphysics, Logic, and Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 109-135
- A. Ross, *Tû-tû*, en *Harvard Law Review*, 1957, vol. 70, p. 812-825. Citado por la traducción al español de G. Carrió, *Tû-tû*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976
- A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons Ltd, London, 1958a. Citado por la traducción al español de G. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005
- A. Ross, *Definition in Legal Language*, en *Logique et Analyse, Nouvelle Série*, 1958b, vol. 1 3/4, p. 139-149
- A. Ross, *Directives and norms*, Routledge and Kegan Paul, London, 1968. Citado por la traducción al español de J. Hierro, *Lógica de las normas*, Comares, Granada, 2000
- A. Ross, *On the On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, en *Mind*, 1969, vol. 78, p. 1-24. Citado por la traducción al español de E. Bulygin y E. Garzón

- Valdés, *Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México D.F., 1991, p. 43-71
- A. Ross, *The rise and fall of the doctrine of performatives*, en R. Olson, et al. (eds.), *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, John Hopkins Press, Baltimore-London, 1972, p. 197-212. Citado por la traducción al español de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México D.F., 1991, p. 94-115
- C. Roversi, *Constitutive Rules in Context*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2010, vol. 96, p. 223-238
- C. Roversi, *Contra el reduccionismo sobre las reglas constitutivas*, en L. Ramírez, J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 253-274
- J. Ruiz Manero, *Una tipología de las normas constitucionales*, en J. Aguiló, M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Fragments para una teoría de la constitución*, Iustel, Madrid, 2007, p. 63-112
- J. Schaffer, *On what grounds what*, en D. Chalmers, D. Manley, R. Wasserman (eds.), *Metametaphysics. New essays on the foundations of ontology*, Clarendon Press, Oxford, 2009, p. 347-383
- J. Searle, *How to derive 'ought' from 'is'*, en *The Philosophical Review*, 1964, vol. 73, p. 43-58
- J. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969. Citado por la traducción al español de L. Valdés, *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*, Cátedra, Madrid, 2007
- J. Searle, *The rediscovery of mind*, MIT Press, Cambridge, 1992. Citado por la traducción al español de L. Valdés, *El redescubrimiento de la mente*, Crítica, Barcelona, 1996
- J. Searle, *The Construction of Social Reality*, Simon and Schuster, London, 1995. Citado por la traducción al español de A. Domènech, *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997
- J. Searle, *Mind: a brief introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2004. Citado por la traducción al español de H. Pons, *La mente. Una breve introducción*, Norma, Bogotá, 2006
- J. Searle, *Making the social world. The structure of the human civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Citado por la traducción al español de J. Bostelmann, *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana*, Paidós, Barcelona, 2017
- J. Searle, *Constitutive Rules*, en *Argumenta*, 2018, vol. 4, p. 51-54

T. Spaak, *Alf Ross on the Concept of a Legal Right*, en *Ratio Juris*, 2014, vol 47, p. 461-476

F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1991. Citado por la traducción al español de C. Orunesu, J. Rodríguez, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004

F. Schauer, *The force of law*, Harvard University Press, Cambridge – MA, 2015. Citado por la traducción al español de P. Rapetti, *Fuerza de ley*, Palestra, Lima, 2015

R. van Riel, R. van Gluck, [Scientific reduction](#), en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019

G. von Wright, *Norm and action. A logical inquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963. Citado por la traducción al español de P. García, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970

G. von Wright, *Explanation and Understanding*, Routledge & Kegan Paul, London, 1971. Citado por la traducción al español de P. García, *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid, 1979



**“In ossequio a una norma il cui senso ci sfugge”**

**Scrivere con Bruno Celano**

*“In ossequio a una norma il cui senso ci sfugge”*

Writing with Bruno Celano

CLELIA BARTOLI

Professoressa Associata

Università degli Studi di Palermo

[clelia.bartoli@unipa.it](mailto:clelia.bartoli@unipa.it)

---

ABSTRACT

---

Il titolo di questo articolo è l'incipit di una formula utilizzata da Bruno Celano nella prima nota dei saggi a due mani. Nella sua versione integrale è la seguente: “In ottemperanza a una norma italiana, di cui non comprendiamo appieno il senso, dichiariamo che le sezioni X e Y sono di Bruno Celano e le sezioni W e Z sono di N”. Dato il processo di scrittura altamente dialogico, possiamo facilmente comprendere perché Celano, con garbata irriverenza, obbedisse alla richiesta di attribuire la titolarità di ogni sezione a un autore, non esimendosi dall’esprimere un certo dissenso. Nella sua vasta produzione, i testi a doppia firma sono pochi e recenti. Tuttavia, raccontare la pratica creativa della scrittura congiunta ci permette



DOI: 10.54103/milanlawreview/24212

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 1, 2024  
ISSN 2724 - 3273

di mostrare un tratto distintivo dell'intera opera di Bruno Celano, ovvero il pensare e il ricercare in dialogo. Nel presente lavoro, Clelia Bartoli, Marco Brigaglia e Giuseppe Rocché ripercorrono alcuni elementi dal backstage del lavoro di Celano, soprattutto negli ultimi anni segnati dalla malattia.

**Keywords:** Bruno Celano, Marco Brigaglia, Filosofia del diritto, scrittura, psicodeontica

The title of this article is the incipit of a formula used by Bruno Celano, to be placed in the first note of the two-handed essays. In its complete version it is as follows: «In complying with an Italian rule, whose point we do not fully understand, we declare that sections X and Y are by Bruno Celano and sections W and Z are by N». Given the highly dialogic process of writing that took place with Celano, we can easily understand why he, with gentle irreverence, obeyed by disagreeing to attribute ownership of each section to each author. In his vast production, publications with another author are few and recent. However, recounting the creative practice of joint writing allows us to show a distinctive feature of Bruno Celano's entire oeuvre, which was thinking and researching in dialogue. In the current paper, Clelia Bartoli, Marco Brigaglia, and Giuseppe Rocché trace some aspects of the backstage of Celano's work, especially in the utmost years marked by illness.

**Keywords:** Bruno Celano, Marco Brigaglia, Legal Philosophy, Process of writing, Psychodeontic

---

This paper has been subjected to double-blind peer review

## “In ossequio a una norma il cui senso ci sfugge” Scrivere con Bruno Celano

SOMMARIO: 1. L’opera dialogica di Bruno Celano; 2. A partire dal corpo; 3. Scrivere nel pensiero; 4. Sguardo aereo; 5. Astrazione e prossimità; 6.  $\Psi$

### 1. L’opera dialogica di Bruno Celano

Bruno Celano, professore di Filosofia del Diritto presso il dipartimento di Giurisprudenza di Palermo, è scomparso il 17 maggio 2022 all’età di 60 anni. Senza tema di smentita, è stato uno dei più importanti filosofi del diritto italiani. Il confronto con lui, personale o attraverso i suoi scritti, è cruciale per la crescita intellettuale di studiosi e studiosi di svariati luoghi del mondo<sup>1</sup>.

In questa rivista viene pubblicato, tradotto in inglese, un articolo che ho avuto la fortuna di scrivere con lui su un tema del tutto inedito rispetto al suo già vasto campo di interessi. Avevo, quindi, pensato inizialmente di scrivere una nota introduttiva per spiegare come mai Bruno Celano avesse deciso di occuparsi di un povero e informale bazar dell’usato di Palermo, trovandone affinità e incolmabili differenze con le dinamiche della macroeconomia di mercato.

Poi, ho ritenuto che valesse la pena restituire qualcosa di più, raccontando come avveniva il processo di scrittura con lui. Ne ho discusso con Marco Brigaglia e Giuseppe Rocché,<sup>2</sup> le persone che sono stati i più assidui interlocutori di Celano, almeno nell’ultimo decennio della sua vita. Ovviamente, il più intimo, duraturo e costante confronto intellettuale è stato quello con Giusi Todaro, la moglie. La loro relazione è iniziata da studenti iscritti alla facoltà di filosofia di Palermo e non si è mai interrotta.

Nella vasta produzione, le pubblicazioni che, oltre alla firma di Celano, presentano un altro autore sono poche e recenti (*infra*, §2). Tuttavia, credo che raccontare il processo creativo che si svolgeva durante la scrittura congiunta

---

<sup>1</sup> Per avere misura dell’impatto del lavoro di Celano, si pensi che in occasione del III convegno internazionale “En teoría hay mujeres (en teoría)”, tenutosi a Milano il 7 e 8 luglio 2023, curato da Francesca Poggi e Silvia Zorzetto, era stata dedicata una sessione a Bruno Celano, moderata da Isabel Trujillo. Oltre al mio intervento, si sono confrontate con diversi aspetti dell’opera di Celano: María Beatriz Arriagada Cáceres, dall’Universidad Diego Portales di Santiago del Chile; Ana Escher, dall’Universidade de Lisboa, Portogallo; Paula Gaido Conicet, dall’Universidad Nacional De Córdoba, Argentina e M. Victoria Kristan, dalla Ljubljana University.

<sup>2</sup> Marco Brigaglia è ora professore ordinario di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Palermo; Giuseppe Rocché è assegnista di ricerca presso lo stesso Dipartimento.

permetta di mostrare un tratto peculiare dell'intera opera di Bruno Celano che era pensare nel dialogo e ricercare nel confronto. Il suo non è stato un lavoro solitario, ma un perenne discutere. Ed è significativo che l'ultimo suo sforzo sia stato quello di giungere a completare un'opera dialettica. I due volumi di *Discutendo con Bruno Celano*<sup>3</sup> sono un vero simposio della filosofia del diritto contemporanea.

D'ora in avanti mi riferirò al Professore Celano, chiamandolo Bruno, perché mi è ostico e innaturale nominarlo con il titolo e il cognome e perché, per i tanti membri della comunità accademica di cui è stato parte, era più di ogni altra cosa un amico. Non a caso Mauricio Maldonado e Pau Luque, curatori di *Discutendo con Bruno Celano*, nella prefazione scrivono:

Lungo il passare degli anni, tutti quelli che hanno contribuito a quest'opera collaborativa hanno sviluppato una bella amicizia con Bruno Celano. Con orgoglio, pure noi possiamo contarci tra gli amici di Bruno. Di conseguenza, questo può essere considerato anche una specie di *Liber Amicorum*<sup>4</sup>.

## 2. A partire dal corpo

Scorrendo la poderosa bibliografia, ci si accorge che non ci sono scritti firmati con altri autori, se non negli ultimi 5 anni<sup>5</sup>. Il primo saggio a due mani è stato pubblicato nel 2017, scritto con Marco Brigaglia. Il duo Brigaglia-Celano sarà autore di quattro articoli: due editi nel 2017, uno nel 2019 e l'ultimo nel 2022<sup>6</sup>. L'articolo che Bruno scrive con me esce sempre nel 2019. Un altro era in fase di lavorazione con Giuseppe Rocché, ma arriveranno a completare solo un lungo abstract.

---

<sup>3</sup> M. Maldonado, P. Luque, *Prefazione*, in M. Maldonado, P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2020, vol. II, vol. III.

<sup>4</sup> M. Maldonado, P. Luque, *Prefazione*, in M. Maldonado, P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2020, vol. I, p. 9.

<sup>5</sup> Fanno eccezione le premesse ai numeri monografici di riviste curati con dei colleghi: F. Biondo, B. Celano, *Premessa* al fascicolo monografico *Il diritto a sbagliare*, in *Ragion Pratica*, 2005, vol. 24, p. 13-16; M. Brigaglia, B. Celano, *Presentazione* al fascicolo monografico *I limiti dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2007, vol. 29, p. 321-324; M. Brigaglia, B. Celano, *Presentazione* al fascicolo monografico *Diritti umani tra norme, fatti e retorica*, in *Ragion Pratica*, 2014, vol. 43, p. 415-418.

<sup>6</sup> M. Brigaglia, B. Celano, *Reasons, Rules, Exceptions: Towards a Psychological Account*, in *Analisi e diritto*, 2017, p. 131-144; M. Brigaglia, B. Celano, *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2017, vol. 2, p. 523-535; M. Brigaglia, B. Celano, *Eight Questions for the Speakers*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, vol. 1, p. 113-119; M. Brigaglia, B. Celano, *Constitutive Rules: The Symbolization Account*, in *Ratio Juris*, 2022, vol. 35, p. 244-262.

Le difficoltà causate dalla malattia hanno certamente assecondato e, infine, reso quasi necessario sperimentare la scrittura in tandem, ma quel che proverò a sostenere è che questa modalità non fosse affatto estranea al suo modo di esercitare il pensiero filosofico. Farò, quindi, riferimento alla dimensione fisica non per suscitare pietà o sbalordimento, ma perché è un tassello necessario a comprendere l'opera di Bruno. Questi ha, infatti, dovuto costantemente patteggiare con le evoluzioni del suo corpo la forma da dare al proprio mestiere di docente, ricercatore ed autore.

La sclerosi multipla viene diagnostica nel 2000 quando Bruno ha quasi quarant'anni. All'inizio, i disagi erano lievi. Conobbi Bruno nel 2002, avendo avuto la grandissima fortuna che mi venisse assegnato come tutor di dottorato. Allora andava e veniva dal dipartimento con la sua vespa e solo di tanto in tanto utilizzava un bastone. Anche se ancora non fosse evidente, mi mise a parte della sua malattia già dal primo colloquio. Generalmente ne parlava senza remore, in una singolare combinazione di intimità e distacco. Comunicava la sua situazione medica perché era un dato che era importante sapere, non mettendo veli sulle difficoltà e le sofferenze che ciò gli procurava, ma senza che divenisse lamento.

La malattia ha proseguito il suo corso compromettendo prima il controllo degli arti inferiori e salendo, via via, su per il corpo. Oltre alla mobilità, il deterioramento progressivo delle funzioni fisiche ha coinvolto anche l'udito e la vista. Negli ultimi anni, Bruno aveva difficoltà sia a tenere un libro in mano, sia a mettere a fuoco le scritte. Quando ancora aveva una certa capacità di usare le mani, utilizzava un supporto dove fissava il volume e una lente che enfatizzava la dimensione dei caratteri. Dovette poi accantonare il cartaceo, riuscendo a leggere solo testi digitali nell'ampio schermo che teneva sulla scrivania nel suo studio di casa. Piano piano che la vista di affievoliva, i font si facevano più grandi ed infine la schermata di parecchi pollici bastava ad ospitare solo poche parole. Il computer era programmato perché delle operazioni potessero essere svolte con comandi semplificati e un programma di riconoscimento vocale trascriveva quanto dettava. Tuttavia, questi diversi accorgimenti tecnologici non funzionavano mai a dovere, inceppandosi o sgarrando di frequente. Il testo redatto dal computer sotto la sua dettatura presentava sempre parecchi strafalcioni, tanto che Bruno aveva inserito nelle sue mail un avviso automatico che lo solleva dalla responsabilità per i refusi e preparava il destinatario ad uno sforzo ermeneutico per decifrare quei messaggi sbilenchi: "IMPORTANTE. Per favore, non fate caso a errori, anche grossolani, di ortografia o grammatica, assurdità o altre stranezze in questo messaggio. È il mio programma di riconoscimento vocale, non sono io".

Il lavoro di ricerca, insegnamento e scrittura si è dovuto quindi adattare a condizioni materiali estremamente ardue. Ma è proseguito fervido ed eccellente – senza battute d'arresto e senza esenzioni che ovviamente gli sarebbero spettate – poiché Bruno poteva fare affidamento su capacità indubbiamente straordinarie ed anche perché ha appreso «a far di necessità virtù», secondo un'espressione che lui stesso utilizzava.

Da quando non poteva più deambulare in autonomia, Bruno aveva scartato l'ipotesi di viaggiare per partecipare a seminari o convegni. Gli unici spostamenti fuori dall'Isola avvenivano per ragioni sanitarie. Ogni anno, in autunno, trascorrevano una degenza riabilitativa di un intero mese, prima presso l'ospedale San Raffaele di Milano e presso la struttura della Fondazione don Carlo Gnocchi.

Nel 2016, si presentò l'opportunità di un convegno a Genova organizzato da Pierluigi Chiassoni,<sup>7</sup> e Marco Brigaglia propose a Bruno di presentare un lavoro a quattro mani sul tema delle regole e delle eccezioni in una prospettiva psicologica. Inizia, così, la prima vera e propria collaborazione di studio, pensiero e scrittura congiunta. Marco racconta come avvenne:

Fino ad allora, con Bruno ci frequentavamo assiduamente, ma il rapporto era molto diverso. Per un lungo periodo, il suo ruolo era stato quello del maestro e il mio quello dell'allievo che gli sottoponeva i propri lavori – e con questo ruolo Bruno ha continuato a giocare fino alla fine: quando arrivavo a casa sua mi accoglieva chiamandomi scherzosamente “ricercaturi”, e io replicavo con un ossequioso “professuri”. Certamente l'inizio della scrittura congiunta ha comportato un cambiamento nella relazione, e in questo il tema ha avuto sicuramente un ruolo centrale. Io mi stavo spostando sempre più nettamente su un approccio psicologico e “naturalistico” alla teoria delle regole e del ragionamento basato su regole. Ma già da tempo Bruno discuteva del tema della naturalizzazione con Giusi, sua moglie. Lei, infatti, aveva svolto la sua ricerca di dottorato sulla naturalizzazione della dialettica (2008-2010). Bruno era, quindi, entrato in contatto con un tipo di letteratura molto diversa da quella frequentata in precedenza, iniziando a mettere fortemente in discussione alcune idee della tradizione anti-psicologista novecentesca che, fino ad allora, aveva tenuto per buone – anche se con un atteggiamento, già da prima, molto cauto e aperto al dubbio.

### 3. Scrivere nel pensiero

Ci siamo incontrati con Marco Brigaglia e Giuseppe Rocché in quella che era stata la «stanza del professore Celano», al secondo piano dell'edificio di Piazza Bologni, dove ogni venerdì faceva ricevimento. Sulla parete, tra i diversi poster, sono appesi due quadretti fatti da Bruno: pochi tratti stilizzati tracciati con una biro nera su un foglio da disegno quasi del tutto vuoto; in un uno vi è un lago e un accenno di vegetazione, nell'altro un ometto corre verso un quadrivio.

Alla mia richiesta di provare a raccontarci come fosse scrivere con Bruno, esordisce Marco:

La prima cosa che mi viene in mente è che l'avvio del lavoro non era mai immediato. Bruno (che aveva poi una impressionante capacità di concentrazione e attenzione) per un lungo tratto rimandava l'inizio della scrittura, preferiva scherzare, chiacchierare e divagare. Tanto che ad un certo punto mi toccava fare la

---

<sup>7</sup> Il convegno *Reason(s) in Law*, svoltosi presso l'Università di Genova, il 5 e 6 dicembre 2016.

parte dello sgobbone e richiamare all'ordine il "professuri" (anche questo era parte del gioco di ruoli). Quindi lavoravamo intensamente per due o tre ore. E poi, verso le sette, arrivava il momento del vino, e nuovamente delle chiacchiere – a questo punto della giornata, avvinazzate chiacchiere filosofiche.

Marco entra nel dettaglio del processo di ideazione e scrittura:

Impiegavamo molto tempo a discutere e, poi, ad un tratto lui prendeva l'iniziativa della scrittura. Ci teneva che, quando gli si palesava l'idea, venisse subito fissata nella scrittura. Aveva una velocità incredibile nel dare struttura sintattica ai pensieri.

Io e Giuseppe annuiamo ripensando a quando Bruno dettava i suoi pensieri come se li stesse leggendo, uscivano fuori dalla sua testa praticamente pronti per essere trascritti. La cosa ci lasciava ancora più sbigottiti perché non si trattava di periodi semplici e concisi. Pur essendo molto chiaro, Bruno faceva largo uso di virgole, trattini e parentesi, intervallando il flusso del suo ragionamento con numerose delucidazioni e specifiche.

Giuseppe aggiunge un ricordo:

Io ed Alessandra Sciarba lo abbiamo aiutato a scrivere le sue ultime cose.<sup>8</sup> In questa fase, si rammaricava di chiederci aiuto a svolgere una mansione che riteneva essere noiosa. Era diventato quasi cieco, così occorreva che gli rileggesti varie volte il testo perché lo correggesse. Certo, non era un'operazione divertentissima, ma io più che annoiato ero impressionato dalle sue capacità. Era come se avesse l'intero testo stampato nella mente e mi diceva ora torniamo in quel punto e aggiustiamo quel passaggio.

Un'esperienza simile l'avevo avuta nella stesura del nostro articolo a proposito dei libri da citare. Bruno mi diceva: "Ecco, per la citazione 'In the beginning all the world was America' di Locke<sup>9</sup>, vai al tal capitolo e al tal paragrafo". A volte si ricordava perfino il numero di pagina.

Oltre ai momenti condivisi di discussione, lettura e scrittura, c'era una parte di lavoro individuale. Marco:

Ciascuno elaborava le proprie parti per proprio conto. Io le scrivevo. Bruno invece registrava i suoi pezzi. Era ancora in grado di scrivere, sebbene con difficoltà, ma preferiva registrare. Dettava e registrava in forma compiuta, completa di

---

<sup>8</sup> Le parti aggiuntive della seconda edizione ampliata di B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, Stato di diritto, codificazione, diritto naturale, positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2021.

<sup>9</sup> J. Locke 1689, *The Second Treatise*, in P. Laslett (eds.), *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

punteggiatura. Non registrava mai il suo pensiero in divenire, in bozza, ma sempre compiutamente tradotto in una forma scritta assolutamente compiuta. Poi, quando ci vedevamo, riascoltavamo i pezzi che lui aveva registrato e io rileggevo i pezzi che avevo scritto e li rimaneggiavamo insieme. Nonostante il medium differente, riuscivamo a procedere in modo simmetrico.

A fronte di un processo di ideazione e scrittura di questa natura si comprende perché Bruno e Marco decisero di apporre nella prima nota del paper cofirmato una formula, il cui incipit fa da titolo a questo articolo. Poi Bruno la ripropose anche nell'articolo che scrivemmo insieme. Nella sua versione completa, la formula recita come segue: "In ossequio a una norma il cui senso ci sfugge, dichiariamo che N. è autore dei parr. X e Y; Celano è l'autore dei parr. W e Z". La regola obbedita, ma non condivisa è quella secondo cui le pubblicazioni a più mani, per essere riconosciute e valutate a fini accademici, devono indicare le parti ascrivibili a ciascun autore. Marco spiega:

Non volendo rinunciare a far valere come titolo i lavori scritti insieme, abbiamo deciso di segnalare a quale dei co-autori fossero dovuti prevalentemente i paragrafi. Ma abbiamo sentito come una forzatura sezionare degli scritti che nascevano da un ampio dialogo in cui i pensieri di ciascuno erano sottoposti al vaglio dell'altro, collaborando per raggiungere un risultato che potesse essere sentito da entrambi come proprio. Una forzatura che non rende giustizia all'esperienza, e alla bellezza, del lavorare *insieme*.

#### 4. Sguardo aereo

Coerente con il suo stile di scrittura era l'approccio epistemico. Marco racconta:

Mi colpiva il suo modo di rapportarsi ad un problema. Era come se monitorasse dall'alto i percorsi possibili. Si può cercare un sentiero muovendosi dentro la boscaglia, oppure guardando il paesaggio da una vetta. Nello spettro tra l'una e l'altra modalità, io sono più spostato verso la prima, mentre Bruno era molto più spostato verso la seconda.

Giuseppe, convenendo con la metafora dello sguardo aereo, porta la sua esperienza:

L'immagine di Bruno che guarda dall'alto mi sembra molto corretta. Ripenso al gruppo di lettura, una delle esperienze più belle. Era nato anche in occasione dei pomeriggi in cui lo aiutavo a rivedere i suoi scritti. Spesso, o prima di iniziare, o di sera al momento del vino, gli rivolgevo delle domande sull'epistemologia o sulla filosofia della mente. Mi interessava in particolare il suo bagaglio di conoscenze di filosofia teoretica. Quello più lontano dai miei studi. Siccome le conversazioni che ne seguivano erano davvero suggestive per me, gli chiesi di strutturare un po' di

più, dandomi dei testi da leggere che poi avremmo discusso insieme la volta successiva. Se vuoi possiamo chiamarle “lezioni da camera”. Così il tutto prese a funzionare anche meglio, e a poco a poco si sono inseriti degli altri partecipanti: prima Miguel Fernández Núñez, poi anche Michele Ubertone, Adriano Zambon, Paolo Capriati, e, verso la fine, anche Marco Brigaglia e Marta Taroni. Ci riunivamo online. Abbiamo passato un agosto a leggere delle parti delle Ricerche filosofiche di Wittgenstein, insieme a José Juan Moreso, connesso dalla Catalogna. In un momento di particolare affiatamento ci vedevamo quasi immancabilmente il sabato mattina. Il clima era estremamente informale e tutto era fatto solo per piacere, anche se poi si imparavano tantissime cose.

In uno degli ultimi incontri Bruno ha fatto una lezione sulla filosofia greca e le scienze cognitive. “La controversia sulla razionalità”. Ossia, se gli esseri umani siano razionali oppure no. Aveva detto cose semplici, ma aveva qualcosa di vertiginoso questo viaggio da Parmenide a Nisbett e Kahneman. Aveva introdotto il discorso dicendo che avrebbe fatto il vecchio professore di filosofia che spiega i presocratici. Lui aveva un suo repertorio enorme e gigantesco. Era un repertorio, ma tutt’altro che asfittico o ripetitivo. E lo guardava dall’alto.

Marco si inserisce precisando che Bruno fosse restio a fare lezioni durante gli incontri informali:

Glielo abbiamo chiesto più volte e lui si rifiutava. Ma ogni tanto la “lezione” partiva da sola, in modo quasi accidentale. Sembrava finemente preparata, ma era del tutto improvvisata. E la mancanza di programmazione era necessaria. Un impegno avrebbe comportato un carico emotivo che Bruno non si sentiva di sostenere. Anche se poi aveva una gran voglia di condividere le enormi mappe concettuali che aveva in mente, e questi sprazzi di ‘lezioni’ fuori programma erano per lui, credo, momenti liberatori.

Giuseppe riprende il filo:

Negli ultimi sei o forse dieci anni, quando era diventato più difficile studiare autonomamente, riusciva a fare ricerca grazie alla sua immensa biblioteca mentale. Ciò imprimeva bellezza ed eleganza ai suoi ultimi lavori perché non era sommerso da cose nuove, non era in balia. In realtà c’era una parte di lui che era in balia. Vi erano degli argomenti, come la macchina di Turing, che lo affascinavano ma non sapeva come affrontarli.

Il Bruno che scriveva era una persona che dominava. Questa giustapposizione di noto e ignoto aveva un esito compiuto nei suoi scritti. Lui portava gli scritti fino a ciò che gli era noto. Appena arrivava all’ignoto non si sforzava di farlo tornare. Semplicemente dichiarava che per il momento era giunto fin lì. Non si metteva a pestare acqua nel mortaio. L’ignoto restava come curiosità, urgenza di una direzione verso cui dirigere i passi. Lasciava il lettore sulla soglia del Bruno disorientato, ma non provava a orientarsi in modo forzato.

### 5. Astrazione e prossimità

Bruno aveva più volte esternato il fatto di essersi annoiato di trattare i temi più classici della filosofia del diritto con cui si era misurato magistralmente per buona parte della sua carriera. Gli articoli che aveva scritto con Marco, quello a cui lavorava con Giuseppe e quello fatto con me riguardavano argomenti selezionati dal bacino di interessi del coautore. Era come se chiedesse di essere condotto in campi a lui meno noti. Ma, poi, accadeva che – grazie alle sue grandi mappe, all’acume e alla sensibilità – riuscisse facilmente ad orientarsi nel nuovo territorio e a trovare delle strade inaspettate e avvincenti anche per coloro che erano frequentatori abituali di quegli orizzonti. Il caso dell’articolo che abbiamo scritto insieme è piuttosto eclatante.

Nell’anno accademico 2018/19 dovevo tenere l’insegnamento di “Deontologia, sociologia e critica del diritto”. Mi ero ripromessa non solo di *far studiare*, bensì di *far fare* sociologia e critica del diritto al centinaio di studenti e studentesse iscritti. L’occasione era letteralmente appena fuori dalla porta.

Uno degli edifici del Dipartimento di Giurisprudenza di Palermo è un ex-cinema, usato per le lezioni più affollate dei primi anni, che insiste in una piazza dove si svolge quotidianamente un lacero e affollato mercato dell’usato, chiamato il “mercato dell’Albergheria”. Questo bazar del tutto informale, dove si vendono gli scarti del mondo abbiente, è una strategia per campare ideata dai poverissimi. Fino ad allora il mercato e l’accademia si erano reciprocamente temuti, ma soprattutto evitati e ignorati “insistendo in dimensioni compresenti e parallele”<sup>10</sup>.

Chiesi allora a quel nutrito gruppo di giovani giuristi in formazione di recarsi dai venditori e chiedere loro di insegnargli cosa fosse il diritto visto da chi è costretto a essere “fuorilegge”. Scoprimmo che il diritto fosse uno standard troppo esigente per chi versa in condizioni di tale marginalità e deprivazione. Da questa insolita collaborazione e amicizia tra universitari e mercatari ne è nato il libro: *Inchiesta a Ballarò. Il diritto visto dal margine*<sup>11</sup> e, in seguito, un processo di scrittura partecipativa delle norme che avrebbero regolato l’area del mercato.

Bruno mi chiese di presentare quella ricerca corale in una delle sue lezioni. Poi, mi propose di scrivere insieme sul mercato dell’Albergheria a partire da un paio di domande che gli erano sorte. Con il primo quesito chiedeva quali affinità avesse quel misero mercato sregolato con il mercato teorizzato dagli economisti neoliberalisti, dato che entrambi erano caratterizzati da una quasi assenza dello Stato; con il secondo chiedeva di cosa fosse fatto quel muro invisibile che aveva tenuto separati per lunghi anni l’accademia e il mercato – fisicamente attigui, eppure sideralmente distanti – prima che l’inchiesta che avevamo condotto lo frantumasse.

---

<sup>10</sup> C. Bartoli, B. Celano, *Apologia del libero mercato*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, vol. 2, p. 300.

<sup>11</sup> C. Bartoli, *Inchiesta a Ballarò. Il diritto visto dal margine*, Navarra, Palermo, 2019.

Bruno non aveva mai fatto ricerca sul campo. Lui stesso si definiva un «ricercatore da poltrona». Il suo approccio, pur nutrito dallo studio dei classici delle più diverse correnti filosofiche, era soprattutto di stampo analitico e con una vocazione fortemente teorica. Non si era mai cimentato nella stesura di articoli di sociologia del diritto, né tanto meno in testi di critica al capitalismo e alle dottrine economiche neoliberaliste. Per estrazione familiare e frequentazioni, non gli era capitato di avere relazioni strette con esponenti del sottoproletariato urbano. La malattia aveva ulteriormente scoraggiato possibili interazioni fuori da ambienti conosciuti e protetti. Ma la sua straordinaria capacità di astrazione, di sguardo aereo, non lo consegnava ad un elitario distacco, al contrario, gli permetteva di comprendere con rara sensibilità materie e persone a lui tanto distanti.

In quel periodo, io ero molto coinvolta con il mercato dell'Albergheria; avevo stretto amicizia con alcune venditrici e lavoravamo insieme per migliorarne le sorti. Ciononostante, devo a Bruno di avermi mostrato degli aspetti di quella realtà che non ero stata in grado di cogliere nonostante o, forse, proprio a causa del fatto che fossi così coinvolta. Ad esempio, per definire la condizione dei mercatari, Bruno ideò la categoria di "extra-legalità", un *tertium* tra legale e illegale; colse, poi, la grottesca somiglianza tra il venditore dell'Albergheria con la figura dell'imprenditore secondo il pensiero economico classico; costruì un dialogo esilarante ed amaro tra i coniugi Friedman<sup>12</sup> e i mercatari, che giungeva a dimostrare come il mercato dell'Albergheria fosse "l'immagine caricaturale e rivelatrice, e il residuo (Hegel avrebbe detto: 'la verità'), del capitalismo – del capitalismo globale"<sup>13</sup>. Infine, ipotizzò che la materia di cui era fatto il muro invisibile che divideva l'accademia e il mercato fosse soprattutto la vergogna. La vergogna per non poter essere "members of society in good standing"<sup>14</sup> poiché esclusi dall'accesso alle merci, se non nel loro essere giunte allo stadio di scarto:

Il muro, riteniamo, è fatto anche, e principalmente, di un senso di inadeguatezza e di vergogna. A volte si insinua pure il senso di colpa derivante dalla consapevolezza di non essere rispettabili, di non apparire di dignità e valore pari a quelli di coloro che fissano lo standard sociale, il livello di aspirazione che costituisce la normalità .... Il capitalismo appare, a un primo sguardo, come "un'enorme raccolta di merci"<sup>15</sup>. Di conseguenza, il cogito dell'individuo nella società capitalista è: consumo, sono; sono una cosa che consuma. I mercatari, congetturiamo, si sentono strutturalmente inadeguati rispetto a ciò che dovrebbe costituire la loro soggettività.

---

<sup>12</sup> M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose: A Personal Statement*, Hartcourt Brace Jovanovich, New York, and London, 1980.

<sup>13</sup> C. Bartoli, B. Celano, *Apologia del libero mercato*, cit., p. 314.

<sup>14</sup> J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 2012, p. 105.

<sup>15</sup> K. Marx (1867), *Il capitale*, libro I, Utet, Torino, 2009, p. 107.

Così Bruno mi ha chiesto di portarlo al mercato dell'Albergheria e lì mi sono ritrovata ad essere condotta.

## 6. Ψ

Giuseppe:

Avevamo iniziato a lavorare sulla teoria dell'autorità di Raz. L'abstract che abbiamo era di fatto un programma di ricerca. Era il periodo del Covid e, pertanto, non poteva andare a Milano per la riabilitazione. Si era trovato il modo di farla presso una struttura in Sicilia, a Mistretta per l'esattezza. Nel frattempo, io stavo facendo ricerca a Lubiana. Lui non aveva il computer o non funzionava bene, in ogni caso non poteva leggere. Ci sentivamo per leggere insieme *Practical reasons and norms*<sup>16</sup>. Andavamo molto lenti perché discutevamo ogni passaggio. Per leggere cinque pagine potevamo metterci una settimana.

Per non debordare in discussioni che sarebbero durate ore, quando incontravamo delle parti da interpretare in un'ottica psicologista mi diceva di segnare sul libro "psico". Io abbreviavo il segnale con la lettera Ψ. C'erano delle cose molte interessanti che lui aveva in testa, ad esempio citava autori psicologisti di fine Ottocento. Poi ci siamo interrotti, perché Bruno ha iniziato a tagliare gli impegni. E purtroppo non c'è più stato il tempo di tornarci.

A volte mi ricapita di rileggere quel volume pieno di glifi. Ritrovo tutte queste Ψ e mi chiedo cosa mi avrebbe potuto dire.

## Bibliografia

C. Bartoli, B. Celano, *Apologia del libero mercato*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, n. 2, p. 297-326

C. Bartoli, *Inchiesta a Ballarò. Il diritto visto dal margine*, Navarra, Palermo, 2019

F. Biondo, B. Celano, *Premessa* al fascicolo monografico *Il diritto a sbagliare*, in *Ragion Pratica*, 2005, vol. 25, p. 13-16

M. Brigaglia, B. Celano, *Presentazione* al fascicolo monografico *I limiti dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2007, vol. 29, p. 321-324

M. Brigaglia, B. Celano, *Presentazione* alla sezione monografica *Diritti umani, fra norme, fatti e retorica*, in *Ragion Pratica*, 2014, vol. 43, p. 415-418

---

<sup>16</sup> J. Raz, *Practical reasons and norms*, Oxford University Press, Oxford, 1975.

M. Brigaglia, B. Celano, *Reasons, Rules, Exceptions: Towards a Psychological Account*, in *Analisi e diritto*, 2017, p. 131-144

M. Brigaglia, B. Celano, *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2017, n. 2, p. 523-535

M. Brigaglia, B. Celano, *Eight Questions for the Speakers*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, n. 1, p. 113-119

M. Brigaglia, B. Celano, *Constitutive Rules: The Symbolization Account*, in *Ratio Juris*, 2022, vol. 35, p. 244-262

B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, Stato di diritto, codificazione, diritto naturale, positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2021

M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose: A Personal Statement*, Hartcourt Brace Jovanovich, New York, London, 1980

J. Locke (1689), *The Second Treatise*, in P. Laslett (eds.), *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

M. Maldonado, P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2020

K. Marx, *Il capitale*, libro I, Utet, Torino, 2009 (1867)

J. Raz, *Practical reasons and norms*, Oxford University Press, Oxford, 1975

J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 2012