

NOTAS

SOBRE RECEPCIÓN DE NORMAS

*Josep M. Vilajosana**

1. Planteamiento

En un reciente trabajo, Moreso y Navarro (en adelante, M-N) se han ocupado del tema de la recepción de normas¹. El estudio claro y profundo de M-N puede servir de guía para el planteamiento de diversos interrogantes sobre esta cuestión.

Tal como ponen de relieve M-N, el desafío de la recepción de normas para una concepción sistemática del derecho consiste en hacer compatible, por un lado, el hecho de que muchas normas anteriores al sistema revolucionario sean consideradas vinculantes por los individuos y funcionarios de los sistemas revolucionarios y, por otro lado, que las mismas carezcan de relaciones sistemáticas con las nuevas normas. Con lo cual, la alternativa que se plantea, según M-N, sería elegir entre:

- Abandonar un enfoque sistemático del derecho.
- Determinar relaciones estructurales entre las normas de diferentes sistemas jurídicos (anteriores y posteriores a una revolución).

La concepción tradicional intentaría la segunda vía a través de la introducción de una cláusula de persistencia, como la siguiente:

CP1: si una norma N_j pertenece a un sistema S_j , que es miembro de un orden O_1 , entonces N_j pertenece a todos los sistemas sucesivos a S_j de todos los órdenes sucesivos a O_1 hasta su eliminación.

Una cláusula de este tipo ha recibido por parte de M-N algunas críticas. Aquí me interesa destacar las siguientes:

1. Se da una indeterminación en la identificación de la base normativa del sistema originario de los sistemas revolucionarios. Se dice que las normas cuya validez persiste a través de los órdenes jurídicos (o “normas receptadas”) no

* Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España.

¹Moreso, J.J., Navarro, P.E., “The reception of norms and open systems”, en Paulson, S. (ed.), *Norms and normativity*, Oxford, O.U.P. (en prensa).

pueden ser consideradas normas independientes dado que ellas ya presuponen la pertenencia de otras normas al sistema, y tampoco pueden ser consideradas como normas dependientes ya que no cumplen ni con el criterio de deducibilidad, ni con el de legalidad.

2. Al no haber una noción lo suficientemente clara acerca de la contradicción entre normas, las normas receptadas no pueden ser identificadas con precisión.

Por ello, y en aras a salvaguardar la concepción sistemática del derecho, M-N toman en consideración la distinción entre pertenencia y aplicabilidad². Si se consideran coextensivos los predicados “pertenece” y “aplicable”, no queda otro remedio que intentar reconstruir un criterio de pertenencia de las normas receptadas y así dar cuenta de su admitida fuerza vinculante. En cambio, según esta posición, si se distinguen convenientemente ambos predicados, no habría razón para considerarlos coextensivos, con lo cual las normas receptadas, igual que ciertas normas inconstitucionales y ciertas normas extranjeras aplicadas por los tribunales, serían normas *aplicables* aunque no *pertenecientes* al sistema jurídico en cuestión.

Así, se acaba formulando lo que podríamos denominar una “cláusula de recepción de normas aplicables”:

CRNA: “Las normas receptadas no son válidas, pero pueden ser aplicables. Son aplicables si y sólo si otras normas pertenecientes a los nuevos sistemas establecen la obligación o facultad de aplicar esas normas”.

Visto el anterior planteamiento, voy a intentar fundamentar mi posición al respecto. Para ello procederé a una serie de observaciones críticas. En primer lugar, mostraré la necesidad de establecer la identidad de la sucesión de órdenes jurídicos para que pueda hablarse de persistencia o de recepción de normas entre ellos. Se trata en este caso de una crítica a ambas cláusulas. En segundo lugar, centraré mi atención en diversas críticas a CRNA. Mi estrategia consistirá en poner de relieve que es posible establecer la pertenencia al sistema revolucionario de las normas que persisten (o normas “receptadas”). Y ello mediante la propuesta de un criterio de pertenencia al que llamaré “criterio sustantivo”. Argumentaré, finalmente, que ésta es una mejor construc-

² Cfr. Bulygin, E., “Tiempo y validez”, en Alchourrón, C., Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, pp. 195-214.

ción que las anteriores por cuanto permite dar cuenta de algunas fuertes y justificadas intuiciones de los juristas.

2. Identidad de la sucesión

Tanto CP1 como CRNA plantean algunos problemas a la hora de dar cuenta del carácter dinámico del derecho.

Al hablar de “órdenes sucesivos” o de “nuevos sistemas” se entiende que se alude a una sucesión de órdenes en el tiempo. Pero veamos qué sucede si sólo contamos con esta propiedad temporal. Imaginemos el caso español. Estaríamos tentados a decir que en el mismo territorio, a partir de un determinado momento que podemos acordar por hipótesis que sea el de la promulgación de la Constitución de 1978, se ha constituido un nuevo orden jurídico. Sucede, además, que este nuevo orden recepta normas del anterior orden jurídico. La pregunta, entonces, puede concretarse de la siguiente forma: ¿Cuál es el criterio que permite afirmar que el orden jurídico inaugurado por la Constitución de 1978 constituye un orden *sucesivo* respecto al vigente durante el régimen franquista?

Sin hacer una ulterior distinción, sería igualmente posible decantarse como candidato a ser el anterior elemento de la sucesión por cualquier orden jurídico anterior a 1978, con independencia de cuál haya sido el ámbito espacial de validez del mismo. La razón de esta conclusión, que pocos estarían dispuestos a reconocer como una conclusión afortunada, se debe a que en el enunciado de ambas cláusulas sólo se alude al elemento temporal de la sucesión, obviando algo necesario: establecer la identidad de la misma. Si desconocemos que se trata de la sucesión de órdenes jurídicos del *mismo* orden estatal, entonces nada obsta para que se escoja como orden jurídico anterior a uno cualquiera perteneciente a un orden estatal distinto. Dicho de otro modo, lo que interesa es determinar la sucesión *relevante*, ya que existen distintas sucesiones posibles.

Como ya apunté en otro trabajo³, el orden en que se deben plantear las cuestiones de identidad de los sistemas jurídicos no es caprichoso. Hay una prioridad conceptual de los niveles superiores respecto de los inferiores. Así, hallar o presuponer un criterio de identidad del orden estatal es condición necesaria para resolver los problemas de identidad del orden jurídico. Por esta razón, la

³ Cfr. Vilajosana, J.M., “Problemas de identidad de los sistemas jurídicos”, *Doxa*, 17-18, 1995, pp. 331-342.

cláusula de persistencia (y en su caso la de recepción) debería mencionar la identidad de la sucesión, por ejemplo de este modo:

CP2: Si una norma N_j pertenece a un sistema S_j , que es miembro de un orden O_1 , *perteneciente a un orden estatal OE*, entonces N_j pertenece a todos los sistemas sucesivos a S_j de todos los órdenes sucesivos a O_1 *del orden estatal OE*, hasta su eliminación.

De todos modos, alguien podría pensar que se reproducen a nivel de sucesión de órdenes estatales los mismos problemas que, respecto a la sucesión de órdenes jurídicos, CP2 venía a resolver. Pero hay que decir que resulta impropio hablar de “sucesión” de Estados. Como dice Kelsen, “que la totalidad del territorio de un Estado se convierta en territorio de otro es imposible, puesto que, siendo el territorio idéntico, la identidad del Estado subsiste. Así, pues, en tal caso no puede haber sucesión de Estados”⁴.

Al respecto, hay que advertir que el término “sucesión” es ambiguo, algo que pasa por alto el propio Kelsen. Por un lado, puede utilizarse como sinónimo de ordenación cronológica de elementos o conjuntos. Entonces diríamos, por ejemplo, que el conjunto C_2 es *sucesivo* al conjunto C_1 , ya que el primero lo asociamos a un momento temporal posterior al segundo, dentro de una misma serie. Este es el significado que atribuyo a la expresión en este trabajo. Por otro lado, “sucesivo” también puede significar “sucesor”. Este es el uso que suele predominar en Derecho internacional, cuando se habla de “sucesión de Estados”. El Estado E_2 es *sucesor* del Estado E_1 si asume los derechos y las obligaciones contraídas por E_1 . Pero en este caso, E_1 y E_2 no tienen por qué formar parte de la misma sucesión (en la primera acepción del término).

Por poner un ejemplo del ámbito familiar, en la sucesión formada por una línea familiar, podría sostenerse que el hijo es el elemento *sucesivo* al padre, pero no tiene por qué ser el *sucesor*. Igualmente, la condición de sucesor puede recaer en un individuo que no pertenezca a la misma línea familiar. Si esto es así, en estos casos se puede ser sucesivo sin ser sucesor y sucesor sin ser sucesivo. A nivel estatal, en cambio, si bien no hay sucesión de Estados, nada impide que un Estado determinado, sin ser sucesivo de otro, sea en cambio su sucesor (la República Federal Alemana no es sucesiva respecto a la República Democrática Alemana, en cambio es su sucesora). No realizar esta distinción puede resultar una fuente de confusiones.

⁴ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1988, p. 273.

Con el fin de ilustrar la idea que quiero subrayar, tómesese el caso de la desintegración de Checoslovaquia. Podría afirmarse que, en el mismo territorio de lo que antes era Checoslovaquia, a partir de un determinado momento se han constituido dos nuevos órdenes estatales (República Checa y Eslovaquia). Sucede, además, que estos nuevos Estados “repcionan” normas del Estado checoslovaco. En este caso, ¿cuál sería el criterio que permite afirmar, si es que tiene sentido hacerlo, que el primer orden jurídico de la República Checa o el primer orden jurídico de Eslovaquia constituyen órdenes sucesivos respecto al último orden jurídico de Checoslovaquia? Las soluciones que se me ocurren son tres:

a) Pensar que se da una persistencia de las normas anteriores. Esta solución, sin embargo, no es viable ni siquiera a partir de la reformulación de CP2. Si no es posible establecer la identidad de la sucesión, es decir, si la recepción no se produce entre normas pertenecientes a órdenes jurídicos del mismo orden estatal (y tanto la República Checa como Eslovaquia son órdenes estatales distintos del Estado checoslovaco), CP2 no es pertinente.

b) Pensar que las normas “anteriores” no pertenecen a los nuevos sistemas jurídicos del nuevo orden jurídico del nuevo orden estatal, pero que son aplicables. Si la CRNA no se reformula de otra manera, tampoco soluciona el problema, porque de nuevo el orden jurídico del cual se recepta la norma y el orden jurídico receptante deben pertenecer a la misma sucesión, es decir al mismo orden estatal. Podría pensarse que alguna reformulación de aquella cláusula salvaría este inconveniente; algo que dijera: “...de los órdenes estatales sucesivos”. Me temo, sin embargo, que este añadido no soluciona el problema, por cuanto entonces deberíamos tener un criterio de identidad para decir que E1 y E2 son estados sucesivos. No bastaría tampoco con la identidad del territorio por cuanto no es el mismo.

c) Abandonar la idea de recepción en estos casos y pensar que sólo puede hablarse de recepción o de persistencia de normas dentro de un mismo orden estatal.

Esta solución merece alguna aclaración. Para ello tomemos de nuevo el caso checoslovaco. Nada impedía a la República Checa, por ejemplo, al empezar su andadura independiente y para evitar el *horror vacui*, adoptar las normas del derecho español y no las del Estado checoslovaco. Por supuesto, este simple hecho no nos autorizaría a sostener que la República checa es sucesora o sucesiva del Estado español.

En este punto es interesante la posición de Kelsen. Este autor sostiene que carece de sentido afirmar que una gran parte del viejo orden jurídico perma-

nece válida dentro del marco del nuevo orden. Únicamente los contenidos de tales normas son los que no cambian, pero sí que cambia la razón de su validez. Si podemos decir que “siguen siendo válidas” bajo la nueva Constitución es sólo porque ésta les confiere validez, expresa o tácitamente. Para Kelsen, el fenómeno es un caso de recepción, y como tal, semejante al que se produjo con la llamada “recepción del derecho romano”:

El nuevo orden “recibe”, es decir, adopta, normas del viejo orden; esto significa que el nuevo considera válidas normas que poseen el mismo contenido que las del precedente. La “recepción” es un procedimiento abreviado de creación jurídica. La razón de su validez [la de las normas receptadas] no debe buscarse en la Constitución vieja, sino en la nueva, *y entre ambas no existe continuidad*⁵.

La tesis de Kelsen, en este punto, no hay que confundirla con la CRNA, aunque en ambos casos se hable de recepción. Para Kelsen, a diferencia de la CRNA, es impensable la distinción entre normas pertenecientes a un sistema jurídico y normas aplicables. Su postura es más consistente con el uso que los juristas suelen hacer de estas expresiones. En todo caso, si bien la propuesta de Kelsen se ajusta mejor a las intuiciones de los juristas presenta el problema de la ambigüedad de “orden”. Efectivamente, el término “orden” es empleado a veces para designar una sucesión de sistemas jurídicos (orden jurídico) y, en otras, como sinónimo de sucesión de órdenes jurídicos (orden estatal). Por esa razón, en cualquier caso, se vuelve al punto de partida. Si bien en los cambios de orden revolucionario contamos con un criterio de identidad de la sucesión de órdenes jurídicos, a través del concepto de orden estatal (por tanto *sí* existe continuidad), en los supuestos de “sucesión de Estados” carecemos de un criterio de identidad de la sucesión (aquí sí que es cierto que “no existe continuidad”). Si se admiten estas consideraciones, se podría aceptar que esta idea de Kelsen es válida para dar cuenta de la recepción de normas entre órdenes estatales distintos, pero no para la persistencia de normas dentro de un mismo orden estatal. Tendríamos, así, un criterio para distinguir entre persistencia y recepción⁶.

⁵ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 138. Cursiva ajena al original.

⁶ Cfr., para un desarrollo más extenso de esta idea, Vilajosana, J.M., “Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas”, *Doxa*, 20, 1997.

Por tanto, podemos reformular de nuevo la cuestión, circunscribiendo la persistencia de normas a un orden estatal. Ésta es la solución que se va a intentar justificar en el siguiente apartado.

3. Criterio sustantivo de pertenencia

Si queremos sostener la plausibilidad de CP2 hay que hacer frente aún a las críticas que recibía CP1 de parte de quienes postulan la CRNA. Ahora me ocuparé de la primera crítica, dejando para el próximo apartado la consideración de la segunda. La primera crítica consiste en sostener que no se puede aceptar la pertenencia al sistema originario del nuevo orden jurídico de las normas “receptadas” (como se pretende en CP2), puesto que no pueden ser ni normas independientes (ya que presupondrían la pertenencia de otras normas al sistema), ni normas dependientes (ya que no cumplirían con los criterios de deducibilidad o de legalidad).

Lo primero que hay que aclarar al respecto es el distinto carácter de las clasificaciones que aquí están en juego. Mientras la clasificación entre normas independientes y normas dependientes es exhaustiva y necesaria (dentro del contexto sistémico en el que se encuentran las teorías de los sistemas jurídicos), en cambio la división de las normas dependientes entre las que cumplen con el criterio de deducibilidad y el de legalidad no es ni necesaria ni exhaustiva. No hay razones lógicas que lleven a considerar estos dos criterios como necesarios, ni nada hay que impida aportar otros criterios que los complementen. Si los teóricos del derecho suelen escoger ambos criterios es porque éstos dan cuenta de lo que los juristas hacen o de cómo funciona un sistema jurídico en la práctica. Efectivamente, parece que en los sistemas jurídicos vigentes se toman en cuenta los criterios de deducibilidad y de legalidad para determinar la pertenencia de las normas dependientes. Pero, sin duda, pueden añadirse otros para dar cuenta de otras intuiciones de los juristas. Propongo tomar en consideración un nuevo criterio, al que llamaré “criterio sustantivo de pertenencia” (en adelante, CS).

Una primera formulación de este criterio rezaría como sigue:

CS1: Una norma N perteneciente al último sistema jurídico del orden jurídico O1 pertenece a un sistema jurídico del orden jurídico O2 del mismo orden estatal OE si es compatible con las normas del primer sistema jurídico de O2.

Que CS sea un criterio de pertenencia de normas dependientes o independientes no es lo más relevante. La elección entre una u otra opción depende de

si se considera que la relación que en él se establece es definitoria de la estructura del sistema o no, es decir, depende de si la postulamos como relación sistemática o extra sistemática. En el primer caso, será un criterio de pertenencia de normas dependientes y, en el segundo, de normas independientes.

Es más importante, en cambio, destacar que CS no es reducible ni al criterio de legalidad (CL) ni al de deducibilidad (CD). Y ello por dos razones importantes:

1. La norma N, en este caso, no pertenece a un sistema jurídico de la nueva serie porque haya sido dictada por la autoridad competente (más bien, como veremos más adelante, ha sido dictada por una autoridad no competente según la nueva Constitución), ni porque sea deducible de las normas independientes del primer sistema del nuevo orden, sino en virtud del criterio sustantivo de pertenencia. Es posible que N perteneciera en su momento a un sistema jurídico de la anterior serie por la aplicación de los demás criterios, pero ahora la persistencia se explica por la aplicación de CS.

2. CD, CL y CS son criterios de pertenencia asociados respectivamente al sistema jurídico, al orden jurídico y al orden estatal. Con ello quiero sugerir lo siguiente:

a. CD es el único criterio de pertenencia, para cuya aplicación es suficiente tener en cuenta un solo sistema jurídico. Dado un conjunto de normas independientes y por aplicación del CD obtenemos el conjunto de normas dependientes. Es lo que suele denominarse “sistema jurídico estático”. Por tanto, CD es un criterio de pertenencia de normas al mismo sistema jurídico⁷.

b. La aplicación de CL implica al menos dos sistemas jurídicos asociados a dos momentos temporales distintos. Ya no es correcto afirmar, por ejemplo, que la norma N2, que ha sido dictada a tenor del procedimiento establecido por N1 en el tiempo t1, pertenece al mismo sistema S1 que N1. Precisamente la incorporación de N2 en el tiempo t2 es lo que hace que se pase de S1 a S2. Así, a través de CL tenemos un criterio para dar cuenta del carácter dinámico del derecho. Ahora bien, circunscrito a la serie formada por todos los sistemas jurídicos pertenecientes al mismo orden jurídico O1. Así pues, N2 pertenece a S2, que es el sistema jurídico sucesivo a S1 dentro de la misma serie (O1). Por

⁷ Cfr. Alchourrón, C., Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 92 y ss. Cfr. Caracciolo, R. A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, C.E.C., 1988, p. 57.

tanto, CL es un criterio de pertenencia de normas a distintos sistemas del mismo orden jurídico⁸.

c. La aplicación de CS implica al menos dos órdenes jurídicos asociados a momentos temporales distintos y es pertinente para dar cuenta de la llamada “persistencia del derecho” dentro de un mismo orden estatal. Ya no es correcto afirmar que la norma “receptada” N pertenece a un sistema jurídico del nuevo orden por aplicación de CL, puesto que, como ya dije antes, N fue promulgada siguiendo un procedimiento no previsto en el nuevo orden jurídico. N podía pertenecer a un sistema jurídico del orden jurídico O1 por la aplicación de CD o de CL, pero no puede pertenecer a un sistema jurídico perteneciente a O2 por la aplicación de esos mismos criterios, ya que éstos son criterios de pertenencia de normas a un sistema y de un sistema a un orden jurídico, respectivamente. Lo que se requiere es un criterio como CS, es decir, un criterio de pertenencia de normas a distintos sistemas jurídicos pertenecientes a distintos órdenes jurídicos de un mismo orden estatal.

En base a lo anterior, cabe afirmar que CS permite dar cuenta de forma satisfactoria del fenómeno de la persistencia y ello sin apartarnos excesivamente de la intuición compartida por muchos juristas, según la cual las normas que persisten pertenecen a un sistema del nuevo orden jurídico.

4. El problema de la incompatibilidad normativa

La segunda crítica a la que se somete a CP1 y que, por tanto, podría afectar a CP2 y a CS, es la que se refiere a la falta de precisión a la hora de identificar las normas “receptadas”. M-N ofrecen como razón de esta imprecisión el hecho de que no exista una noción suficientemente clara de contradicción de normas.

Frente a esta objeción hay que decir lo siguiente. CRNA no soluciona este problema, ya que la misma imprecisión se produce al identificar el conjunto de normas aplicables. En efecto, en CRNA se alude a una norma perteneciente al sistema jurídico posrevolucionario que establece la aplicabilidad de la norma receptada. ¿Cuál puede ser esta norma? de *lege ferenda* podría postularse la necesidad de que los sistemas jurídicos positivos contengan una norma de este tipo, pero en la práctica pocos la tienen. Parece, más bien, que la candidata idónea a cumplir esta misión sería la disposición derogatoria que normalmente acompaña a la promulgación de una nueva Constitución. Esta disposición suele

⁸ Cfr. Caracciolo, R., “Sistema jurídico”, en Garzón Valdés, E., Laporta F. (eds.), *El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, vol. 11, pp. 161-176.

tener un tenor muy general. Por ejemplo, la Constitución española de 1978, después de derogar explícitamente en los anteriores apartados distintas disposiciones normativas, establece en el apartado 3 de su disposición derogatoria: “Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. Así, cuando se pretenda identificar el conjunto de las normas derogadas aparecerá la misma imprecisión.

El problema específico que presenta la recepción es otro. Se trata de establecer qué significa la “oposición” o la “incompatibilidad” entre normas. Hay, al menos, dos significados posibles, a los que ya alude Kelsen⁹. Por un lado, la incompatibilidad formal y, por otro, la incompatibilidad material. El primer tipo de incompatibilidad es el que presenta, en mi opinión, un problema específico de la persistencia de normas a través de sucesivos órdenes jurídicos del mismo orden estatal. Todas las normas anteriores al nuevo orden jurídico fueron dictadas por órganos que, juzgados a partir de las normas de competencia del nuevo orden jurídico, son incompetentes. No se requiere mostrar la contradicción material, de contenido. Así, por ejemplo, si la Constitución española de 1978 establece que el Parlamento elegido democráticamente y sólo él es competente para dictar leyes, está claro que todas las leyes dictadas por el parlamento anterior no democrático son inconstitucionales de acuerdo con la nueva Constitución, sea cual fuere su contenido.

Si se quiere evitar esta consecuencia, que ningún jurista estaría dispuesto a admitir, hay que postular un criterio para distinguir las normas derogadas de las no derogadas. Pero esto ya se trata de un criterio de interpretación de la disposición derogatoria. A partir de ese momento, ya sólo cabe dar razones extralógicas para diferenciar el conjunto de normas derogadas del conjunto de las normas que siguen perteneciendo al nuevo orden jurídico del mismo orden estatal¹⁰.

En este sentido, la interpretación que propone la dogmática es la de atender al contenido y no al procedimiento de creación de las normas anteriores, de tal modo que sólo si se da una contradicción entre el contenido de esas normas y las normas de la Constitución, aquéllas quedan derogadas. Valga, por todos, lo dicho por Ignacio de Otto:

⁹ Cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho* (2ª ed.), México, UNAM, 1986, p. 273 y ss.

¹⁰ Cfr., si bien para los casos de persistencia de normas entre sistemas jurídicos dentro de un mismo orden jurídico, Alchourrón, C., Bulygin, E., “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, p. 403.

(...) la entrada en vigor de la Constitución no trae consigo la derogación de las normas anteriores por el simple hecho de que han sido aprobadas por órganos y procedimientos que la Constitución ha suprimido. Las normas anteriores siguen siendo válidas mientras su contenido no sea contrario a lo que la Constitución dispone, pues de otro modo se produciría la derogación de la totalidad del ordenamiento jurídico¹¹.

Ello sugiere una ulterior formulación de CS:

CS2: Una norma N perteneciente al último sistema jurídico del orden jurídico O1 pertenece a un sistema jurídico del orden jurídico O2 del mismo orden estatal si su *contenido* es compatible con las normas del primer sistema jurídico de O2.

La propuesta que aquí se ofrece tiene, además de su mayor adecuación a las intuiciones y usos de los juristas, una ventaja adicional sobre CRNA. No requiere que exista la disposición derogatoria indeterminada en la Constitución. Ello hace que CS2 sirva también para casos como el de la Constitución italiana en los que no existe tal disposición, pero los juristas siguen comportándose de igual modo. Es cierto que algunos teóricos¹² opinan que en estos casos cumple la misma función el principio de *lex posterior*, pero es dudoso que este principio sea de aplicación cuando se ha quebrado su fundamento, que es el criterio de legalidad (y esto es lo que sucede precisamente con el cambio de orden jurídico). Dicho con otras palabras, hecha la distinción entre sistema, orden jurídico y orden estatal, se descubre que el principio de *lex posterior* encierra una ambigüedad, puesto que puede ir referido al cambio de sistema manteniendo el mismo orden jurídico o al cambio de orden jurídico manteniendo el mismo orden estatal.

¹¹ De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 79.

¹² Cfr., por todos, Guastini, R., "Questioni di tecnica legislativa", *Le Regioni*, 2-3, 1985, pp. 227-228.