

NORBERTO BOBBIO

CONTRIBUCION A LA
TEORIA DEL DERECHO

Edición a cargo de
Alfonso Ruiz Miguel

*Ensayo crítico sobre el concepto de
la obra de Bobbio, en "Lecturas" 1983:
p. 483.*

EDITORIAL DEBATE

va, en el cambio de las valoraciones individuales, de grupo, de toda la sociedad, acerca de lo justo y lo injusto. Hay que tener en cuenta una cierta fuerza de inercia que impide la perfecta e instantánea adecuación entre movimiento de opinión, sistema normativo y comportamiento, pero se puede pasar de uno a otro y no está fuera de lugar decir que si hay una cierta degradación de la justicia a validez y de la validez a eficacia, hay también una reiniciación del ciclo a partir del plano de la eficacia para remontarse hasta la justicia a través del choque de nuevos valores, que una sociedad, incluso la más comprimida, no puede dejar de producir.

A este ciclo de la norma corresponde el ciclo del poder a través de sus atributos de la legitimidad, de la legalidad y de la efectividad, aunque conviene considerarlo en el sentido opuesto: se comienza a menudo con la instauración de un poder de hecho (efectividad) el cual no puede dejar de restaurar la legalidad (violada) y, por tanto, de recomponer un sistema normativo para su propia disciplina, para llegar al final a proponer y a inculcar sus títulos de legitimidad, de los que la efectividad, como se ha dicho en el párrafo precedente, es una prueba. Aquí, llegados a la cima de la escala, hay que volver a descender al fondo, volver a comenzar de nuevo. Una doctrina del poder no es completa si no se la considera en estos tres aspectos y en el movimiento circular que procede de uno a otro.

La legitimidad, con la que hemos empezado en este artículo, representa el fin del círculo ascendente de los hechos a los valores y el principio del ciclo descendente de los valores a los hechos: es el fin de la historia ya hecha y a la vez el principio de la historia por hacer. No de modo diferente a la idea de justicia, a la que corresponde y de la que saca alimento constante, sirve en cada ocasión, según los tiempos, los acontecimientos y los hombres, para justificar el hecho realizado y para inspirar los hechos por realizar.

XIV. NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS *

1. DOS SIGNIFICADOS DE «SECUNDARIO»

La distinción entre normas primarias y normas secundarias es habitualmente empleada tanto en la teoría general del Derecho como en las disciplinas jurídicas particulares. Pero el uso que de ella se hace es todo menos constante, variando de autor a autor y de disciplina a disciplina. Esta variedad depende del hecho de que «secundario» puede tener, no sólo en el lenguaje común, sino también en los distintos lenguajes técnicos, tanto un significado *neutral* como un significado *valorativo*, según que «primario» y «secundario» vengán utilizados para denotar: 1) una relación temporal, en la que «secundario» significa simplemente lo que viene después; o bien, 2) una relación axiológica de la que se dan esencialmente dos clases (no siempre bien diferenciables en concreto): a) si se mira a la *función* recíproca de los dos términos de la relación, «secundario» puede significar lo que es menos importante, marginal, subsidiario, auxiliar, accesorio o accidental, contrapuesto generalmente no tanto a «primario» como a «principal»; b) si se mira a la respectiva *posición*, «secundario» significa lo que jerárquicamente está en un estado de subordinación, dependencia o inferioridad, en cuyo caso la relación «primario-secundario» termina por coincidir con la de «superior-inferior». En el lenguaje común, la enseñanza secundaria es la sucesiva a la enseñanza primaria; pero una carretera secundaria es una carretera menos importante que otra carretera, y un personaje secundario, además de ser menos importante que el personaje principal, probablemente también está jerárquicamente subordinado a él. Y de modo no

* Este artículo constituye una serie de reflexiones sobre la obra de H. L. Hart, *The Concept of Law*, Londres, Clarendon Press, 1961 (de la que aquí se cita la traducción italiana, a cargo de M. A. Cattaneo, *El concetto di diritto*, Turín, Einaudi, 1965) [hay trad. cast. ya cit.], y sobre la de G. Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Turín, Giappichelli, 1967. Al haber tenido continuamente ambas obras a la vista, las cito aquí de una vez por todas.

diferente en los lenguajes técnicos: se llama era secundaria a la era que va después de la era primaria; pero se llama acento secundario de una palabra al acento auxiliar y dependencia secundaria a la que está subordinada a otra dependencia.

Puesto que las tres relaciones, la temporal, la funcional y la jerárquica, no coinciden necesariamente, no quiere decirse que lo que es secundario en el primer sentido lo sea también en el segundo y en el tercero y así sucesivamente, es decir, que lo que va después sea también menos importante o jerárquicamente inferior. Dejando a un lado la posible divergencia entre lo que es secundario en sentido funcional y lo que es secundario en sentido jerárquico, al ser prácticamente menos relevante, queda el hecho de que basta para crear confusión la falta de superposición entre lo que es secundario en sentido temporal y lo que es secundario en sentido axiológico (no importa que la diferencia de valor se refiera a la función o a la posición). La enseñanza secundaria se considera, al menos por quien la sigue, más importante que la primaria; así como una carretera ahora secundaria puede haber sido construida antes que la carretera principal. En Derecho hay dos buenos ejemplos de la no coincidencia de los dos significados. En la máxima *prior in tempore potior in iure*, el derecho (aquí «derecho» es derecho subjetivo), que es primario respecto a la relación cronológica, es también primario respecto a la relación axiológica. Por el contrario, en la máxima *lex posterior derogat priori*, la ley, que es secundaria respecto a la relación cronológica, es primaria respecto a la relación axiológica.

2. DE COMO ESTA DUPLICIDAD DE SIGNIFICADOS REPERCUTE EN LA DISTINCION ENTRE NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS

Esta variedad de significados de «primario» y de «secundario» no podía dejar de repercutir en la distinción entre normas primarias y normas secundarias. En el uso de esta distinción se vuelven a encontrar sin dificultad los tres distintos significados de la relación primario-secundario indicados en el epígrafe anterior.

a) En la teoría general del Derecho se suelen llamar «primarias» a las normas que establecen qué se debe hacer o no hacer y «secundarias» a las normas que prevén una sanción en el caso de que la norma primaria sea violada¹. Cuando se comenzó a usar esta terminología se quiso simplemente llamar la atención sobre el hecho de que en un ordenamiento jurídico existen normas que van *antes*, y son las llamadas normas de conducta dirigidas a los

¹ En el uso corriente la categoría de las normas secundarias comprende solamente las llamadas normas sobre la sanción dirigidas a los órganos judiciales. Véase, por ejemplo, E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, Mohr, 1965, págs. 51-53, y las obras allí citadas. Y por último, A. Ross, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, pág. 91 [hay trad. cast. de José Hierro Sánchez-Pescador, *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971, pág. 89].

ciudadanos, y normas que van *después*, y son las normas —que entran en funcionamiento en el caso de que las primeras no hayan surtido el efecto querido— dirigidas a destinatarios distintos del ciudadano, a los órganos del poder judicial y del poder ejecutivo. No hay duda de que en este uso, «primario» y «secundario» indican una relación predominantemente cronológica y tienen un significado neutral y no valorativo.

b) La distinción entre normas primarias y normas secundarias como distinción entre normas de conducta dirigidas a los ciudadanos y normas sobre la sanción dirigidas a los jueces se hace proceder a menudo de Jhering. Pero Jhering mismo, en el momento en que contraponía las normas dirigidas a los jueces y las dirigidas a los ciudadanos, no dudaba en sostener que, si se mira a la función que unas y otras cumplen en un ordenamiento jurídico entendido como ordenamiento coactivo, las normas más importantes son las primeras y no las segundas. De ahí siguió el que aquellas mismas normas que respecto a la relación cronológica eran secundarias, en cuanto que iban después y presuponían la existencia de otras normas a cuya violación ponían remedio, respecto a la relación funcional, es decir, a su mayor o menor importancia, se convirtieron en primarias. Tan primarias como para no sólo convertir las normas cronológicamente primarias en normas axiológicamente secundarias, sino también para sostener que se podían eliminar sin más por superfluas. Lo que ha ocurrido en la bien conocida teoría de Kelsen (seguida por Ross), para quien las verdaderas normas jurídicas son de un solo tipo, y precisamente del tipo que en la teoría tradicional y aún hoy corriente se llaman secundarias. Si las verdaderas normas jurídicas son de un solo tipo, sólo a ellas les corresponde, según Kelsen, el nombre de normas primarias; y si sólo a éstas les corresponde el nombre de normas primarias, todas las demás normas del sistema, incluidas las normas que para la teoría tradicional y corriente se llaman primarias, es decir, las llamadas normas de conducta, se convierten en secundarias.

c) En el Derecho constitucional las dos expresiones «normas primarias» y «normas secundarias» son utilizadas para distinguir las normas que en la jerarquía de las fuentes están en un plano superior de las que están en un plano inferior, en cuyo caso, el atributo de secundario expresa, al decir de un autor que se ha servido de tal distinción, «una evidente relación de subordinación respecto a otras normas, las primarias», relación de subordinación que se resuelve en el hecho de que, por un lado, las normas secundarias no pueden modificar a las primarias y, por otro lado, las normas primarias pueden modificar a las secundarias². No hay duda de que también en esta acepción la distinción entre normas primarias y normas secundarias considera una relación axiológica y no cronológica (y, en efecto, normas jerárquicamente superiores pueden perfectamente ser cronológicamente posteriores a normas inferiores); pero se trata de una relación axiológica diferente de la funcional. En la relación jerárquica la diversidad de valor se funda no en la diversidad de

² G. Amato, *Rapporti fra norme primarie e norme secondarie*, Milán, Giuffrè, 1962, pág. 1. Cfr. también E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1967, págs. 404 y sigs.

función sino en la diversidad de posición. Mientras que en la relación funcional tiene más valor la norma que cumple una función más importante en el ámbito del sistema, en la relación jerárquica tiene más valor la norma que tiene mayor fuerza vinculante.

En síntesis se puede decir que, según los distintos contextos, la distinción entre normas primarias y normas secundarias puede servir para indicar tanto una relación temporal, en la que son normas secundarias las que van después, como una relación funcional, en la que son normas secundarias las menos importantes, como una relación jerárquica, en la que son normas secundarias las inferiores.

3. TRES SOLUCIONES DISTINTAS (TEORIA TRADICIONAL, KELSEN, HART)

Como se ha dicho en el párrafo 1, la mayor confusión nace, por lo demás, no tanto de la variedad de los significados de «primario» y «secundario» como del hecho de que las tres acepciones no se superponen necesariamente, con la consecuencia de que lo que es primario en una relación no significa que mantenga la misma calificación también en la segunda y en la tercera. Teóricamente se puede dar el caso de que una norma sea secundaria respecto a la relación temporal pero primaria respecto a las relaciones funcional y jerárquica, o bien que sea secundaria respecto a la relación temporal y a la funcional pero primaria respecto a la jerárquica, y así sucesivamente para todas las combinaciones posibles. Realistamente, en relación con la posible combinación de la distinción temporal con la funcional se pueden distinguir tres posiciones.

Según la teoría tradicional, es decir, según la terminología usual, la distinción entre normas primarias y normas secundarias indica solamente que existen normas precedentes y normas sucesivas y, por tanto, no implica ninguna valoración. En cambio, según la teoría kelseniana, que considera la distinción exclusivamente bajo el aspecto funcional, la relación, como se ha visto, está completamente invertida: puesto que las normas temporalmente sucesivas según la teoría tradicional pasan a ser axiológicamente más importantes, se llaman primarias a las normas que en la teoría tradicional se llaman secundarias y viceversa. Por último, está la posición de Hart que es distinta de las dos.

La distinción entre normas primarias y normas secundarias ha sido particularmente destacada por la teoría del Derecho de Hart, según la cual el ordenamiento jurídico se distingue de todos los demás sistemas normativos por el hecho de ser el resultado de una combinación de normas primarias y normas secundarias. Pero respecto al uso de la distinción entre estos dos tipos de normas, Hart nos pone ante una posición distinta tanto de la tradicional como de la kelseniana. Según la teoría tradicional, la distinción entre normas primarias y normas secundarias se funda en la diferencia entre lo que va antes y lo que va después; según la teoría kelseniana, la misma distinción se funda en la diferencia entre lo que es más importante y lo que es menos importante. Las dos distinciones, al partir de dos puntos de vista distintos, no coinciden:

lo que es primario para la primera es secundario para la segunda y viceversa. La característica de la teoría de Hart, en cambio, está en esto: que se vale contemporáneamente de ambos puntos de vista, el cronológico y el axiológico, para justificar la distinción, pero en ella, a diferencia de la teoría de Kelsen, los dos puntos de vista coinciden. Lo que es primario en el tiempo es también primario en importancia. Para Hart, como es sabido, existen tres tipos de normas secundarias, las normas de reconocimiento, las normas de cambio y las normas de adjudicación. Para caracterizarlas, Hart insiste sobre todo en estos dos puntos: respecto a su *función*, son introducidas para remediar, respectivamente, la falta de certeza, la inmovilidad y la ineficiencia de un ordenamiento primitivo o prejurídico compuesto sólo de normas primarias: pero eso significa que son sucesivas, es decir, secundarias en cuanto que vienen después. Respecto a su *contenido*, se caracterizan por el hecho de que no crean obligaciones, como las normas primarias, sino que atribuyen poderes: con lo que Hart quiere decir que son integradoras o subsidiarias respecto de las normas primarias. ¿Y qué significa esta (discutible y discutida) característica sino que son secundarias también por el hecho de ser menos importantes?

Por último, teniendo presente la posible combinación entre la distinción respecto a la relación funcional y la distinción respecto a la relación jerárquica, se puede observar que tampoco en este caso existe una coincidencia necesaria. Considérense las normas secundarias de Hart, que son de tres tipos (normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación): en un sistema jurídico evolucionado, tanto las normas de reconocimiento como las normas de cambio son habitualmente normas jerárquicamente superiores: son —en base al criterio de la posición y no al de la función— primarias. Puesto que también en este aspecto las diferentes distinciones no se superponen sino que se entrecruzan, la confusión estaría destinada a aumentar si no fuese porque esta tercera acepción está poco consolidada y puede ser eliminada fácilmente de continuar usando la terminología más corriente hoy, según la cual dos normas en relación jerárquica entre sí se llaman respectivamente superior e inferior, mejor que primaria y secundaria. Si acaso, hay que observar además que en el ámbito de la misma relación jerárquica puede nacer una curiosa confusión entre las dos terminologías. Me refiero a Von Wright, que introduce la distinción entre normas de primer grado y normas de segundo grado, pero que después llama a las normas de segundo grado también normas de grado superior, y explica: «Yo entenderé aquí por normas de grado superior exclusivamente a las normas cuyo contenido son actos normativos»³. No es difícil advertir que estas normas de segundo grado o de grado superior son las normas superiores del sistema dinámico de Kelsen. Pero en la terminología de Von Wright son superiores y de segundo grado, por lo que a nuestros fines hay que constatar que la idea de «superior» va aquí asociada a la de «segundo» y no a la de «primero», como en la expresión examinada en el epígrafe anterior. En el uso de Von Wright la relación entre norma superior-primaria y norma infe-

³ G. H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1953, pág. 190 [hay trad. cast. de P. García Ferrero, *Norma y acción (Una investigación lógica)*, Madrid, Tecnos, 1970, pág. 196].

rior-secundaria está, pues, completamente invertida. Y tampoco es difícil comprender la razón de ello: en su estructura jerárquica el ordenamiento jurídico puede ser comparado con una escalera, y una escalera puede ser vista de arriba abajo y de abajo arriba. Ahora bien, en toda escalera mirada de abajo arriba, al primer peldaño sigue el segundo; mirada de arriba abajo, al peldaño superior sigue el inferior. De forma que el mismo peldaño, al igual que una norma en el ordenamiento jurídico, puede ser segundo partiendo de abajo y superior partiendo de arriba. Hablamos habitualmente de normas superiores e inferiores porque tenemos en mente el modelo kelseniano que nos ha acostumbrado a mirar el ordenamiento desde el vértice, desde la norma fundamental. Pero nada impide decir, comenzando desde la base, que un ordenamiento jurídico consta, más que de normas superiores e inferiores, de normas de primero y de segundo grado.

4. LAS NORMAS SECUNDARIAS COMO NORMAS RELATIVAS A NORMAS

Explorada la selva, que ha aparecido bastante intrincada, tratemos de dibujar su mapa, que resultará quizá más simple de lo que se podía esperar. Se ha visto que la introducción de la distinción entre normas primarias y normas secundarias ha obedecido sobre todo a tres exigencias: distinguir las normas a) respecto a su sucesión en el tiempo, considerado el ordenamiento jurídico como un todo dinámico; b) respecto a la función que cumplen en el sistema, considerado el ordenamiento jurídico como un todo funcional; c) respecto a la posición que ocupan en el sistema, considerado como un todo que tiene una determinada estructura (jerárquica).

Pues bien, a pesar de la enorme y aparentemente desconcertante variedad de acepciones, los tres casos tienen algo en común, es decir, que la distinción entre normas primarias y secundarias se refiere en cada uno de los tres casos a una situación típica, repito, bien en el caso en que la relación entre dos términos sea temporal, bien en el caso en que la relación sea funcional, bien en el caso en que la relación sea estructural. Si se va a ver cuáles son las situaciones que han hecho nacer la exigencia de la distinción entre normas primarias y normas secundarias, estas situaciones, a pesar de las confusiones terminológicas anteriormente examinadas, son principalmente dos: a) la de las normas sobre la sanción, y b) la de las que se suelen llamar normas sobre la producción jurídica. La primera situación permite tanto una interpretación temporal como una interpretación funcional de la relación entre una norma llamada primaria y una norma llamada secundaria. En otros términos, la norma sobre la sanción puede ser considerada como una norma secundaria: aa) porque *presupone* la existencia previa de otra norma, en cuanto que entra en funcionamiento en el caso de que la primera no haya tenido la eficacia que el ordenamiento le atribuye; bb) porque está al servicio, por así decirlo, de la norma primaria, en cuanto que sirve (de ahí la interpretación funcional) para poner remedio a la ineficacia de aquella. La segunda situación permite tanto una interpretación funcional como una interpretación jerárquica de la relación en-

tre normas primarias y normas secundarias. En otros términos, una norma sobre la producción jurídica puede ser considerada: aa) desde el punto de vista funcional, como norma que sirve para la modificación interna del sistema en cuanto que regula los procedimientos a través de los cuales las normas del sistema puede ser modificadas (Hart las llama, en efecto, «normas de cambio»); bb) desde el punto de vista jerárquico, como norma que está en el vértice del sistema, en cuanto que, mientras ella tiene el poder de derogar a las demás normas del sistema (la relación jerárquica es una relación de poder), las demás normas del sistema no tienen el mismo poder sobre ella.

El examen de estas dos situaciones nos permite finalmente individualizar de manera bastante clara lo que tienen en común todas las acepciones de la distinción entre normas primarias y normas secundarias y sus respectivas interpretaciones. Se trata de aquella situación en la que una norma del sistema (no importa que se llame, según las distintas interpretaciones, primaria o secundaria) *viene definida por la relación que tiene con otra norma del sistema*. Es sabido que existen muchos modos de clasificar las normas jurídicas: en base a la forma, al contenido, a los destinatarios, al fin, a la eficacia, etcétera. Lo que caracteriza a la distinción entre normas primarias y normas secundarias en todas sus acepciones es la individualización del fenómeno, que algunos incluso consideran específico del ordenamiento jurídico, de la presencia de normas cuya existencia está justificada por el hecho de que *se refieren a otras normas*. Esta referencia a otras normas significa, en el caso de la relación temporal, que hay una norma cuya existencia presupone la existencia de una norma previa; en el caso de la relación funcional, que hay normas al servicio de otras normas; en el caso de la relación jerárquica, que hay normas cuya existencia depende de la existencia de otras normas. La pertenencia a una única categoría de los dos tipos de normas hasta ahora encontrados (las normas sobre la sanción y las normas sobre la producción jurídica) puede ser confortada por la observación de que a una y otra les conviene la misma denominación de *normas de segundo grado*. Esta denominación, además de ofrecer la ventaja de no sugerir ningún juicio de valor (a diferencia de «secundario» que, como hemos visto, puede significar también «de menor importancia»), sirve para poner en evidencia el carácter de las normas secundarias tanto en el aspecto funcional como en el aspecto estructural. Una vez más no se puede dejar de hacer referencia a Hart, el cual, en el momento en que plantea el problema de determinar qué son las normas secundarias, dice que «están en un nivel distinto del de las normas primarias, dado que son *relativas* a estas normas; esto significa que, mientras las normas primarias se refieren a las acciones que los individuos deben hacer o no hacer, estas normas secundarias se refieren a las normas primarias mismas»⁴.

⁴ *Il concetto di diritto*, trad. italiana, *op. cit.*, pág. 112 [trad. cast. pág. 117]. No se comprende por qué Hart, después de haber individualizado bien la característica de la relación entre normas primarias y normas secundarias, la desarrolla a lo largo del libro en una dirección más discutible, considerando normas primarias a las que establecen obligaciones y normas secundarias a las que atribuyen poderes.

5. TRES CLASES DE NORMAS SECUNDARIAS

La identificación de la categoría de las normas relativas a normas, o normas de segundo grado, es muy importante para la elaboración de una teoría de los sistemas normativos. Pero antes de continuar, hay que preguntarse si las dos situaciones hasta ahora mencionadas, la de las normas sobre la sanción y la de las normas sobre la producción jurídica, agotan la categoría. Para darse cuenta de que la categoría es quizá muy amplia y merece ser mejor articulada, basta pensar en el hecho de que algunos códigos como nuestro código civil, van precedidos por una serie de normas, las llamadas «Disposiciones sobre la ley en general», que son casi todas normas relativas a normas. En efecto, parece claro que la función de estas normas preliminares no es ni la de establecer remedios a la violación de las normas de conducta ni la de establecer los procedimientos para la creación de nuevas normas; sino que es más bien la de establecer algunos criterios en base a los cuales se pueden distinguir las normas que pertenecen al sistema de las que no pertenecen a él. Podemos llamarlas normas para la identificación de las normas que constituyen el sistema, comenzando por el art. 1, que da un elenco de las fuentes normativas del ordenamiento jurídico italiano.

No hace falta gastar muchas palabras para subrayar la importancia de esta categoría de normas relativas a normas. En general, la primera condición para que se pueda hablar de un sistema cualquiera es la determinación de los llamados criterios de pertenencia de los entes al sistema. En la misma medida, no se puede hablar de un sistema jurídico, cuyos entes son normas, si no hay al menos un criterio, que puede ser extremadamente simple (la referencia a una autoridad, a un libro sagrado o simplemente a un libro con autoridad), que permita establecer cuáles son las normas pertenecientes al sistema. Este tipo de normas secundarias es previo porque tanto las normas sobre la sanción como las normas sobre la producción las presuponen: cualquiera que esté llamado a aplicar una sanción por la violación de una norma del sistema debe de algún modo hacer referencia a las normas de identificación para establecer si la norma violada pertenece o no al sistema; las normas producidas por las autoridades a las que el ordenamiento atribuye el poder de producir normas válidas pertenecen al sistema sólo si obedecen a algunos criterios de validez, como son, para las normas consuetudinarias, en algunos ordenamientos, la *rationabilias* y la *longi temporis praescriptio*, o, para las leyes, el no haber sido derogadas o el no ser incompatibles con otras normas del ordenamiento, etcétera.

El mérito de haber individualizado esta categoría de normas secundarias, distinguiéndolas de las normas sobre la producción jurídica y añadiéndolas a las normas sobre la sanción, corresponde una vez más a Hart, que las ha bautizado como «normas de reconocimiento». Se puede tratar de explicar la razón por la que no habían sido bien individualizadas anteriormente observando que en los sistemas jurídicos evolucionados la categoría de las normas sobre la producción jurídica cubre en parte la categoría de las normas de reconocimiento: una norma que establece cuáles son los procedimientos para la producción de normas válidas en el sistema sirve las más de las veces para

identificar cuáles son las normas válidas del sistema, es decir, hace también de norma de reconocimiento. Pero esta asimilación es falaz al menos por dos razones: ante todo, porque en un sistema primitivo no puede faltar la norma para la identificación de las normas del sistema, mientras que pueden faltar las normas sobre la producción jurídica; en segundo lugar, porque en un sistema jurídico evolucionado no está dicho que una norma pertenezca al sistema por el solo hecho de haber sido producida según los procedimientos establecidos por las normas sobre la producción, sino que generalmente hay que tener en cuenta otros criterios de pertenencia (o de validez).

El conjunto de los criterios de pertenencia que permiten distinguir a una norma del sistema (o sea, válida) de una norma ajena al sistema constituye precisamente la categoría de las normas para la identificación de las normas del sistema. Se trata de una categoría más bien compleja. En una primera aproximación se puede decir que pertenecen a ella tres tipos distintos de normas a medida que se va de un ordenamiento primitivo a un ordenamiento evolucionado: *a)* las llamadas normas sobre las fuentes, es decir, las normas que indican cuáles son los hechos o los actos a los que se atribuye el poder de producir normas pertenecientes al sistema; *b)* las normas que establecen dentro de qué límites de espacio y de tiempo pueden considerarse pertenecientes al sistema las normas producidas por las fuentes autorizadas (se trata de las normas sobre la validez de las leyes en el tiempo y en el espacio); *c)* las normas sobre la interpretación y la aplicación de las normas consideradas como pertenecientes al sistema en base a los criterios *sub a* y *sub b*. Las reglas sobre la interpretación tienen la función, precisamente, de ayudar a distinguir de entre los diversos significados posibles de una norma, el significado mejor expresado por la norma que se puede considerar perteneciente al sistema: la norma que autoriza al juez a servirse del procedimiento por analogía en caso de laguna permite considerar como perteneciente al sistema una norma implícita pero ligada de alguna manera (a través de la identidad de la *ratio*) a una norma del sistema; la norma que autoriza el recurso a los principios generales del Derecho es una norma que introduce en el sistema ciertas normas generalísimas, aunque tácitas y no producidas por ninguno de los poderes autorizados para producir normas jurídicas.

6. SISTEMAS NORMATIVOS SIMPLES Y SISTEMAS NORMATIVOS COMPLEJOS

Poner de relieve la categoría de las normas relativas a normas es importante para la elaboración de una teoría de los sistemas normativos porque permite distinguirlos en base a su mayor o menor complejidad. Llamo «sistemas simples» a aquellos que se componen solamente de normas primarias y de la norma o de las normas para la identificación del sistema (que en un determinado sentido son previas a la misma formación del sistema y sin las cuales ni siquiera sería posible hablar de sistema normativo); «sistemas semicomplejos» a los que comprenden, además de las normas primarias, uno u otro tipo de normas relativas a normas, a las que hemos llamado normas de segundo gra-

do (es decir, las normas sobre la sanción y las normas sobre la producción jurídica); «sistemas complejos» a los que comprenden los dos tipos.

Por dar algún ejemplo, son sistemas normativos simples el conjunto de las reglas de un juego, el conjunto de las reglas técnicas para el aprendizaje de un oficio, la gramática de una lengua, un sistema filosófico de moral como la moral estoica o la epicúrea, el conjunto de las reglas de la buena educación, del protocolo o de la moral social. También es un sistema simple según Hart el sistema de reglas de una sociedad primitiva. Para los iusnaturalistas el estado de naturaleza era un sistema normativo simple, de manera que se habría podido configurar el paso del estado de naturaleza al estado civil como paso de un sistema normativo simple a un sistema normativo complejo. Considérese a Locke: en el estado de naturaleza están vigentes sólo las leyes naturales que están dadas de una vez para siempre; está destinado a durar mientras estas leyes no sean violadas, porque en caso de violación cada cual es libre de hacerse justicia por sí mismo. Puesto que las reglas vigentes en el estado de naturaleza están dadas de una vez para siempre, no existen normas para la producción de normas; puesto que en caso de violación cada cual se hace justicia por sí mismo, faltan también las normas sobre la sanción. Al faltar en el estado de naturaleza ambos tipos de normas de segundo grado, el estado civil viene instituido precisamente para hacer frente a la carencia de unas y otras.

De la figura paradigmática del estado de naturaleza como contrapuesto al estado civil se puede deducir el carácter básico de un sistema normativo simple. Es aquel sistema normativo en el que solamente existe un estrato de normas. Por encima o por detrás de este estrato no existe el estrato de las normas que hemos llamado «normas de segundo grado». De modo más preciso, las normas que regulan la producción de las normas pueden faltar: o porque las reglas de primer grado que constituyen el sistema (junto con la norma para la identificación del sistema mismo) están completas desde el primer momento, como ocurre en el estado de naturaleza, en un sistema moral filosófico salido de la mente de un pensador o en las reglas de un juego; o bien porque el sistema exige modificaciones tan esporádicas y lentas que pueden ser confiadas a la variación del comportamiento de los propios destinatarios de las normas de primer grado, como ocurre en las reglas de la buena educación, de la moral social, de la lengua, de una sociedad primitiva, etcétera. En cuanto a las normas que regulan la sanción, pueden faltar por distintas razones: en los sistemas de reglas técnicas (una moral filosófica puede ser considerada como un sistema de reglas técnicas) la eficiencia de la regla queda confiada al hecho de que de no observarla no se consigue el objetivo querido; hay sistemas, como el de la buena educación o el del protocolo, y en general los de los juegos, que cuentan primordialmente con la adhesión espontánea (los casos de violación no son tan frecuentes como para poner en crisis la eficacia del sistema en su conjunto); por último, hay sistemas que cuentan también con la reacción a la violación pero que se contentan con una reacción solamente espontánea, no regulada, como es la reprobación social. Resulta, pues, que un sistema normativo simple es un sistema que realiza su propia función, que es la de orientar, guiar, controlar un cierto tipo de comportamiento, sin recurrir ni a una ni a otra clase de normas de segundo grado.

7. DE COMO SE PRODUCE EL PASO DE UN SISTEMA SIMPLE A UN SISTEMA COMPLEJO

Hay situaciones en que la función de orientar, guiar, controlar un determinado tipo de comportamientos no puede ser realizada por un sistema normativo simple. Es decir, hay situaciones en las que un sistema normativo simple no consigue que la mayor parte de sus reglas sean observadas por la mayor parte de sus miembros. Más brevemente: hay situaciones en las que un sistema no consigue ser eficaz. Técnicamente hablando, un sistema normativo es ineficaz cuando se ha producido una separación insalvable entre lo que sus normas dicen y lo que sus destinatarios hacen. Un caso límite de sistema normativo ineficaz es el estado de naturaleza en la teoría hobbesiana, que se caracteriza por la general inobservancia de sus reglas, que son las leyes de la naturaleza. La primera razón en la que se piensa cuando se trata de explicar esta separación es que las reglas de ese sistema son impotentes, es decir, no están suficientemente reforzadas por una sanción eficaz. Pero hay otra razón no menos importante: esas reglas pueden también estar suficientemente reforzadas pero haberse vuelto inadecuadas a la realidad social que pretenden regular. Si se atiende a la primera razón, el remedio para la ineficacia del sistema es el reforzamiento de las reglas dadas; si se atiende a la segunda, el remedio consiste en establecer otras reglas. En otras palabras, supuesto que se haya producido una separación entre las reglas de un sistema y los comportamientos de los individuos a los que el sistema se dirige, hay dos modos para eliminarla: o actuar sobre los comportamientos para obtener que lo que los individuos hacen se corresponda lo más posible con lo que las reglas dicen; o bien actuar sobre las reglas para obtener que lo que las reglas dicen se corresponda lo más posible con lo que los individuos hacen. El primer remedio consiste en aquel conjunto de operaciones que se suele llamar institucionalización de la sanción; el segundo consiste en el conjunto de procedimientos que podemos llamar, por afinidad, institucionalización de la producción normativa. Pues bien, tanto la primera como la segunda forma de institucionalización requieren la puesta en marcha de normas de segundo grado, es decir, de normas que vienen puestas en función de otras normas. Volvemos a encontrar en este punto las dos principales categorías de normas de segundo grado que hemos encontrado al examinar los diversos usos de la distinción entre normas primarias y normas secundarias, y, precisamente, las normas que regulan la respuesta a la violación de las normas de primer grado y las normas que regulan la producción de otras normas.

Con la introducción de las normas de segundo grado, de uno y de otro tipo o de uno solamente, se produce el paso de un sistema normativo simple a un sistema normativo no simple (para empezar, semicomplejo). Usando la noción de control, propia del lenguaje sociológico, se pueden definir como sistemas normativos no simples aquellos sistemas en los que las normas para el control de los comportamientos están integradas por normas que controlan a las mismas normas de control. Este control de segundo grado, en cuanto que tiende a impedir por un lado la ineficiencia y por otro lado la rigidez de las normas de primer grado, cumple dos funciones esenciales para la supervi-

vencia del sistema. La función de las normas sobre la sanción es la de impedir la disolución de las normas de primer grado a través de una continua inobservancia: proveen a la *conservación* del sistema. La función de las normas sobre la producción normativa es la de predisponer los mecanismos para la modificación consciente y tempestiva de las normas de primer grado: proveen a la *transformación* del sistema.

Hay sistemas que recurren solamente al primer tipo de normas de segundo grado y otros que recurren solamente al segundo. Son los sistemas normativos semicomplejos. El distinto empleo de uno y otro tipo de normas depende de la mayor o menor necesidad en que el sistema se encuentra de proveer a su conservación o transformación. Hay sistemas normativos, como los de ciertos deportes, que tienen normas relativamente constantes y que, por tanto, raramente tienen necesidad de reglas de transformación; pero para que el juego produzca sus efectos necesitan que las normas sean escrupulosamente observadas, lo que puede obtenerse con la institución de sanciones o de órganos especializados, los árbitros, encargados de hacerlas cumplir. Tales sistemas tienen normas de segundo grado de un solo tipo, del tipo que provee a la conservación del sistema. Por el contrario, los sistemas de reglas técnicas generalmente no tienen necesidad de regular la sanción por la inobservancia porque la propia inobservancia es una sanción; pero solamente sobreviven si las reglas son continuamente puestas al día. Considérese como sistema de reglas técnicas un sistema de moral filosófica: sólo perdura en el tiempo si los discípulos proveen a modificarlo según reglas de cambio convenidas. También estos sistemas tienen normas de segundo grado de un solo tipo: pero esta vez se trata de las normas que proveen a la transformación del sistema.

8. EL ORDENAMIENTO JURIDICO COMO SISTEMA NORMATIVO COMPLEJO

Un sistema normativo destinado a hacer posible la convivencia organizada de un grupo social estable se caracteriza generalmente por la presencia de ambos tipos de normas de segundo grado. Ya que estamos acostumbrados a identificar al ordenamiento jurídico, al Derecho en cuanto sistema normativo, con los sistemas normativos que tienen reglas de segundo grado, bien para la conservación bien para la transformación, el ordenamiento jurídico puede ser considerado como un ejemplo típico de sistema normativo complejo. No me ocupo aquí de la cuestión de si el ordenamiento jurídico es el único ordenamiento complejo ni de si, como consecuencia de ello, la individualización del carácter específico del Derecho respecto a todos los demás sistemas normativos está en su naturaleza de sistema complejo. Aunque el ordenamiento jurídico no es el único sistema normativo complejo, es cierto que es un típico sistema normativo complejo.

Que sea un sistema normativo complejo no implica en absoluto que sea un sistema perfecto o más perfecto que un sistema normativo simple. No hay correspondencia entre la distinción en sistemas normativos simples y complejos y la distinción en sistemas normativos perfectos e imperfectos. Hay situa-

ciones para las que basta un sistema simple y hay otras para las que hace falta un sistema complejo. En las primeras es perfecto el sistema simple y en las segundas el complejo. Por dar algún ejemplo, un conjunto de reglas de juego es un sistema al mismo tiempo simple y perfecto. Por el contrario, se considera a menudo al ordenamiento jurídico internacional como un sistema imperfecto porque la convivencia de los Estados en una época de guerras cada vez más destructivas requeriría un sistema complejo, mientras que el ordenamiento internacional está aún en una fase de transición desde un sistema simple a un sistema complejo. Pero, para un anarquista, el Estado es imperfecto precisamente en cuanto sistema normativo complejo: su ideal es la vuelta a una convivencia regulada por un sistema normativo simple. El ideal de la mayor parte de los iusnaturalistas, como hemos visto, era el opuesto, el de la instauración de un sistema complejo como único sistema perfecto. Para Kant la moral es un sistema simple, pero precisamente en cuanto que es simple es perfecto porque no tiene necesidad de ninguna sanción para ser eficaz sino sólo del ejercicio de la razón. Y en cambio, un sistema complejo o semicomplejo como el de las morales religiosas es desde el punto de vista de una moral racional un sistema moral imperfecto. Pero no es imperfecto para el mismo Kant un sistema complejo aplicado a la convivencia social organizada, desde el momento en que en un sistema simple como el estado de naturaleza el Derecho es provisional y solamente se hace perentorio (esto es, alcanza su perfección) en el Estado (y para hacerse perentorio necesita normas de segundo grado).

Aunque la fenomenología de los sistemas sociales nos pone ante los ojos sistemas que tienen mayor cuidado de su propia conservación y sistemas que tienen mayor cuidado de su propia transformación, el sistema normativo de una sociedad establemente organizada tiende a usar, según las circunstancias, los dos mecanismos, es decir, a alternar las operaciones para la conservación y las operaciones para la transformación. Un sistema normativo en estado de perpetua conservación sería un sistema que consideraría incluso a los comportamientos innovadores como comportamientos desviantes; un sistema en continua transformación sería un sistema que consideraría incluso a los comportamientos desviantes como comportamientos innovadores; ambos sistemas serían no funcionales: el segundo por falta de equilibrio y el primero a causa de un equilibrio demasiado estático.

Entre desequilibrio y equilibrio estático, el modelo del sistema funcional es el del sistema en equilibrio dinámico. Un ordenamiento jurídico es un sistema que tiende a mantenerse en equilibrio dinámico actuando con reglas de segundo grado para la conservación y transformación de las reglas de primer grado, es decir, actuando con reglas de segundo grado de ambos tipos. Lo que no excluye que el paso desde un sistema simple a un sistema complejo se haya producido por fases sucesivas, es decir, mediante la introducción primero de un tipo de normas de segundo grado y del otro tipo después. Como muy bien demuestra la actual fase del Derecho internacional, en el paso de un sistema simple a un sistema complejo la institucionalización de la sanción precede a la institucionalización de la producción normativa, hasta el punto de que la primera ha sido considerada a menudo como condición no solamente necesaria

sino también suficiente para distinguir el Derecho de los demás fenómenos sociales⁵. En otras palabras: un sistema normativo simple se distingue de un sistema normativo complejo por el hecho de que tanto la conservación como la transformación del sistema están confiadas al propio grupo social, que lo conserva a través de la reacción espontánea contra la violación y lo transforma a través del desuso; es decir, la característica de un sistema normativo simple es la falta de órganos especializados para el desarrollo de una y otra actividad, órganos que son, para el primer tipo de reglas, el juez y, para el segundo, el legislador. Pues bien: el paso desde un sistema social primitivo al ordenamiento jurídico se ha producido en un primer momento con la institución del juez y sólo en un segundo momento con la del legislador. El juez, una vez instituido, asume habitualmente también la función de la producción normativa para la integración, e incluso la modificación del Derecho consuetudinario propio de un sistema primitivo. De tal manera, reúne en sí las dos funciones de la conservación y de la transformación del sistema. Sólo cuando, a través de un proceso posterior de división del trabajo, se forman en sociedades más evolucionadas órganos a los que se atribuye la competencia específica de la producción normativa, el juez pasa a ser el órgano específico de la conservación del sistema (pero no perdiendo del todo, incluso en los sistemas en los que las dos funciones están netamente separadas, la función productora).

9. TEORIA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMO SISTEMA COMPLEJO Y TEORIA DE LA INSTITUCION

A modo de conclusión, considero útil observar, dada la importancia que ha tenido y continúa teniendo en la ciencia jurídica italiana la teoría de la institución, que la tesis aquí esbozada del ordenamiento jurídico como sistema normativo complejo puede ser considerada como una transcripción en términos normativos de la teoría del Derecho como institución⁶. Santi Romano había partido de la insuficiencia de la teoría del Derecho como norma. Pero, como se manifiesta desde las primeras páginas de su obra, las normas a las que se refería para mostrar la insuficiencia de la definición tradicional del Derecho como norma o conjunto de normas eran las normas de conducta⁷. Se dio cuenta de que no se podía definir un ordenamiento jurídico partiendo de las normas (de conducta) porque éste comprendía «los numerosos mecanismos o engranajes, los ligámenes entre autoridad y fuerza, que producen,

⁵ Esta tesis ha sido particularmente cara a los antropólogos y a los sociólogos. L. Krader, en la Introducción a *Anthropology and early Law*, Londres, Basic Books, 1966, pág. 5, cita a Durkheim y a Radcliffe-Brown y considera la tesis en cuestión como el mayor resultado de los estudios sociológicos sobre el Derecho. Llama la atención sobre ella con diversas citas H. Kantorowicz, *La definizione del diritto*, Turin, Giappichelli, 1962, págs. 124 y sigs. [hay trad. cast., *La definición del Derecho*, Madrid, Revista de Occidente, 1964, págs. 129 y sigs.]. Yo mismo la he aceptado en mi curso *Teoria della norma giuridica*, Turin, Giappichelli, 1958, págs. 197-201.

⁶ Asi L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, págs. 388 y sigs.

⁷ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, II ed. con adiciones, 1945, pág. 7 [trad. cast., pág. 87].

modifican, aplican, garantizan las normas jurídicas pero no se identifican con ellas»⁸. De lo que no se dio cuenta fue de que esos «numerosos mecanismos o engranajes» están constituidos también por normas, precisamente por las normas de segundo grado. El concepto que Romano introduce para superar la definición del Derecho como norma es el de la organización. Pero qué entiende por organización no queda nunca claro. Se sabe que la organización es anterior a las normas, que la institución es un ordenamiento jurídico, que es Derecho en cuanto que es organización social, e incluso que la organización social es el fin característico del Derecho, y, en fin, que una norma se convierte en jurídica en virtud de la organización, porque el Derecho es organización y entre sus manifestaciones está también la de poner normas⁹.

Creo que la teoría de la institución ha tenido que recurrir a un concepto tan vago como el de organización porque le ha faltado el concepto de las normas de segundo grado. De acuerdo en que un ordenamiento jurídico no puede reducirse a un conjunto de normas si se atiende sólo a las normas de conducta. Pero se trata de saber si se puede aclarar qué significa organización prescindiendo completamente de toda referencia a normas, aunque sean distintas de las normas de conducta. Sospecho que el concepto de organización, que tiene una posición clave en la teoría institucional, ha quedado indefinido porque no podía definirse más que recurriendo a la noción de normas de segundo grado, cuyo resultado es la organización. Lo que la teoría institucional llama «organización» es el efecto de una serie de actividades de protección y de creación de normas no abandonadas al acaso o la evolución espontánea de la sociedad, sino reguladas a su vez por otras normas del sistema. Por tanto, un sistema social organizado, una institución en el sentido de Romano, en vez de ser un sistema prenормativo, como se ha creído siempre, es un sistema normativo más rico y más rígido: es en definitiva un sistema normativo complejo.

⁸ *Op. cit.*, pág. 13 [pág. 100].

⁹ *Op. cit.*, págs. 22, 33, 35, 42 [págs. 113, 127, 128, 140-141].