

# ¿Surgimiento de órdenes jurídicos sin normas independientes? El caso de las secesiones acordadas

## Can Legal Orders Emerge Without Independent Norms? The Case of the Consensual Secession

Jorge Baquerizo Minuche\*

Universitat de Girona

[jorge.baquerizo@udg.edu](mailto:jorge.baquerizo@udg.edu)

Recibido / received: 21/01/2019

Aceptado / accepted: 28/02/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4693>

### Resumen

Según algunas elaboraciones conceptuales muy conocidas dentro de la teoría del derecho, todo orden jurídico se origina a través de la producción de normas «independientes», esto es, normas que carecen de algún fundamento de validez identificable en normas jurídicas. No obstante, hay autores que consideran que lo anterior no constituye condición necesaria ni suficiente para el surgimiento de un nuevo orden jurídico: en los casos de secesión acordada, por ejemplo, un nuevo orden jurídico estatal emergería sin necesidad de que se hayan dictado normas no autorizadas jurídicamente. En el presente trabajo analizaré y criticaré esta última idea y concluiré que, incluso ante la posibilidad de una exitosa secesión acordada, de ello no se sigue, *per se*, la existencia de un nuevo orden jurídico (lo que sólo puede ocurrir bajo una condición necesaria: producir normas «independientes»).

### Palabras clave

Orden jurídico, orden estatal, normas independientes, poder constituyente, secesión.

---

\* Investigador del área de Filosofía del Dret en la Universitat de Girona - Becario doctoral Senescyt-UdG. Agradezco a Pablo A. Rapetti, a Jordi Ferrer Beltrán y a Riccardo Guastini por los valiosos comentarios y observaciones realizados a lo largo de la construcción de este trabajo, y por su abierta generosidad para discutir mis ideas. Diversas versiones previas de este estudio han sido presentadas, respectivamente: en el seminario de avances de tesis del grupo de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona (julio 18, 2018); en el III Congreso Doctoral Internacional “Desafíos Globales para la Democracia”, realizado en Santiago de Chile bajo la organización de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Cátedra de Cultura Jurídica (agosto 27, 2018); y en la XI sesión del Grupo de Discusión “Metagiurídica”, realizado en el *Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto* de la Università degli studi di Genova (noviembre 15, 2018). Les doy enormes gracias a todos quienes, dentro de estos eventos, me formularon oportunas críticas y recomendaciones. Cualquier omisión en el seguimiento de estas pautas es de mi exclusiva responsabilidad.

**Abstract**

According to some well-known conceptual elaborations within the theory of law, every legal order emerges through the production of «independent» norms, i.e., norms that lack any identifiable basis of validity in legal norms. However, some authors consider that this is neither a necessary nor a sufficient condition for the emergence of a new legal order: in cases of consensual secession, for instance, a new legal order would emerge without unauthorized norms. In this paper I will analyze and criticize this last idea and conclude that, even with the possibility of a successful consensual secession, the existence of a new legal order does not follow per se. This can only occur under a necessary condition: to produce «independent» norms.

**Keywords**

Legal order, state order, independent norms, constituent power, secession.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Las secesiones acordadas y el desafío a la idea de continuidad legal. 3. Críticas al ejemplo de la secesión acordada. 3.1. El caso de Serbia y Montenegro: una secesión constitucionalmente prevista. 3.2. La recepción de normas como hecho normativo (productor de normas independientes). 4. A modo de conclusión.

**1. Introducción**

Este artículo forma parte de un estudio más amplio, de orden conceptual, sobre el «poder constituyente» y su relación con otros conceptos dentro de la teoría del derecho. Según la acepción tradicional, el «poder constituyente» es el poder «último», «supremo» u «originario» (Bobbio, 1960: 52) del que se derivan las normas que componen una «primera» constitución, esto es, una constitución originada *extra ordinem*, producida sin la habilitación de normas positivas implantadas por autoridad jurídica alguna (Kelsen, 1960: 207-208)<sup>1</sup>. Se sigue de esta definición que el «poder constituyente» no es un poder jurídico (o «de derecho»)<sup>2</sup> sino un poder fáctico o «de hecho», encaminado a la instauración de un nuevo orden constitucional (Guastini, 2011: 172); en otras palabras, el «poder constituyente» es simplemente «el hecho del que la (primera) constitución nace» (Guastini, 2017: 390 [51]).

Visto de este modo, el «poder constituyente» puede ser concebido como una serie de «hechos normativos» a través de los cuales se logra establecer efectivamente un nuevo orden jurídico. Se entiende por «hechos normativos» a aquellos hechos que, en contra de lo previsto por las normas vigentes sobre la producción jurídica –o sin ningún tipo de previsión en esas normas–, llegan a producir *nuevas* normas que, de hecho, son objeto de aceptación y observancia por parte de sus destinatarios (Bobbio, 1967: 46-49; Guastini, 2011: 130; 134-135), y que por ello

<sup>1</sup> «Una primera constitución es, en definitiva, una constitución promulgada *extra ordinem* -fruto de una revolución (en sentido amplio)- y, por tanto, carente de fundamento dinámico de validez en normas (las eventuales normas sobre la producción jurídica) propias del ordenamiento constitucional precedente» (Guastini, 2011: 172).

<sup>2</sup> Además de que la posibilidad de ser conferido por normas jurídicas lo volvería un poder *constituido*, existe otra argumentación que rechaza la concepción del «poder constituyente» como poder *jurídico*: si se usa el vocablo «poder constituyente» para designar una supuesta competencia *jurídica* «inicial e ilimitada», ello constituiría una transgresión a los *límites externos* del lenguaje normativo, pues se llevaría el concepto normativo de competencia (en el sentido de «potestad» o «atribución») más allá de los límites dentro de los cuales puede ser usado (Carrió, 1973: 43-57; *cfr.* Nino, 1985: 41-68).

mismo se consideran jurídicamente existentes (en virtud del «principio de efectividad») (Guastini, 2011: 135-136).

Pero ¿qué clase de normas son esas que, en virtud de su efectividad, originan un nuevo orden jurídico? Si se sigue la definición propuesta por Alchourrón y Bulygin, y se entiende por «orden jurídico» a una secuencia de sistemas normativos, es decir, a una secuencia de conjuntos de normas relacionados por los mismos criterios de identificación (Alchourrón y Bulygin, 1976: 397), la respuesta a esta pregunta sólo puede ser la siguiente: ha de tratarse de normas cuya producción no satisfaga las condiciones determinadas por aquellos criterios, pues sólo mediante un cambio normativo efectivo que no responda a tales criterios –lo que sólo puede darse mediante el dictado de nuevas normas–, se podrá terminar la secuencia y dar lugar a una nueva. En la acepción de «poder constituyente» antes mencionada, no cabe duda de que la «legalidad» de los cambios normativos es el criterio de identificación de un orden jurídico que viene conceptualmente implicado; como se ha dicho, aquellas normas establecidas por el poder constituyente *tienen que* carecer de algún fundamento de validez identificable en normas jurídicas (del sistema jurídico preexistente). Estas normas, pues, no serían otra cosa que aquellas que en la teoría del derecho se conoce como normas «soberanas» (von Wright, 1963: 199)<sup>3</sup> o «independientes».

Ricardo Caracciolo denomina *independientes* a aquellas normas instauradas por una autoridad «suprema»<sup>4</sup>, cuya pertenencia a un sistema normativo S no está condicionada por la previa pertenencia de otras normas a S; de este modo, las normas *independientes* cumplen la función de «axiomas» o «postulados» de S (Caracciolo, 1988: 31)<sup>5</sup>. De acuerdo con Bulygin, todo orden jurídico, por definición, se origina en un sistema de normas «independientes»: un sistema «originario», en términos de Caracciolo (Caracciolo, 1988: 68). En este sentido, a decir de Bulygin, «las normas independientes originarias constituyen la *base del orden jurídico*» (Bulygin, 1991a: 262-263).

Ahora bien, este hecho consistente en la producción de normas «independientes» es *necesario* en el sentido de que, tal como se encuentran contruidos los conceptos antes referidos, sin la presencia de esta condición no podría hablarse de «sistema originario», ni de «nuevo orden jurídico», ni de «primera constitución», ni, en último término, de «poder constituyente»<sup>6</sup>. No obstante, que este entramado conceptual se encuentre así edificado no significa que no pueda haber buenas razones para rediseñarlo, redefiniendo –esto es, modelando de diversa manera– los conceptos involucrados. Particularmente, es posible controvertir lo que se ha venido diciendo y aseverar que la producción de normas «independientes» no constituye condición necesaria (ni suficiente) para el surgimiento de un nuevo orden

<sup>3</sup> Según von Wright, respecto de estas normas no se puede predicar validez ni invalidez (von Wright, 1963: 197; 199).

<sup>4</sup> Aunque en un sentido muy distinto al de la autoridad «última» establecida por las reglas vigentes dentro de un orden jurídico ya establecido (*vid.* Garzón Valdés, 1983: 175-176; Pérez Triviño, 1998: 197). Se trata, más bien, de una autoridad «revolucionaria»: hablamos del «soberano» de von Wright (von Wright, 1963: 192) o del «legislador originario del sistema» o «soberano» de Garzón Valdés (Garzón Valdés, 1983: 175), que existe al margen de las normas jurídicas preexistentes y que, por diversos motivos, logra imponer nuevas normas que son obedecidas por la generalidad de sus destinatarios. Podría decirse, entonces, que se trata de una autoridad «normativa», pero sólo en el sentido de que dicta normas; no en el sentido de que esté constituida por normas *jurídicas* vigentes.

<sup>5</sup> Moreso y Navarro agregan que la pertenencia de las normas *independientes* a un sistema jurídico no depende de la pertenencia de otras normas a ese sistema, ni a ningún otro sistema anterior dentro de un determinado orden jurídico (Moreso y Navarro, 1993: 81).

<sup>6</sup> La forma en que están relacionados estos conceptos, en torno a la continuidad legal, tiene una clara inspiración *kelseniana*: «[T]he State and its legal order remain the same only as long as the constitution is intact or changed according to its own provisions» (Kelsen, 1945: 368-369).

jurídico. Esta tesis ha sido sostenida por autores como Joseph Raz<sup>7</sup>, John Finnis<sup>8</sup> y, en lengua castellana, Josep Maria Vilajosana. Vilajosana afirma que existen casos en los que es posible hablar del cambio de un orden jurídico a otro sin que haya sido necesario producir normas privadas de validez jurídica (desde el punto de vista del sistema jurídico preexistente) (Vilajosana, 1995: 338; Vilajosana, 1996: 52-53; Vilajosana, 1997: 58-61). Para el efecto, Vilajosana plantea dos escenarios: las transiciones jurídicamente disciplinadas entre regímenes políticos (Vilajosana, 1996: 52); y los casos de secesión acordada. En este trabajo me ocuparé solamente del segundo escenario.

## 2. Las secesiones acordadas y el desafío a la idea de continuidad legal

El escenario que me interesa analizar se presenta en aquellos procesos de secesión donde el estado de origen (o «matriz») admite la separación de una parte de su población y territorio, creando las condiciones jurídicas requeridas para que éstos formen un nuevo Estado a través de una transición pacífica y disciplinada. Joseph Raz, en este contexto, propone el siguiente ejemplo (Raz, 1970: 102-103)<sup>9</sup>: el país A tiene una colonia B, regida por el mismo orden jurídico de A. Posteriormente, A otorga la independencia a B mediante una norma jurídica que confiere poderes legislativos, exclusivos e ilimitados, sobre B, a un parlamento electo por los habitantes de B. Finalmente, ese parlamento adopta una constitución que es reconocida por los habitantes de B, bajo cuyas normas se realizan elecciones y se crean ulteriores normas jurídicas. El gobierno, los tribunales y la población de B se consideran a sí mismos como un estado independiente con un orden jurídico independiente, e incluso son reconocidos como tales por todas las naciones, incluyendo a A.

Tomando este mismo ejemplo, Vilajosana aduce que, si se tiene en cuenta la actitud de la población y de los tribunales, elementos de suma importancia para determinar la identidad y unidad de un orden (Vilajosana, 1997: 61), en este escenario se habría originado un nuevo orden jurídico (y, a la par, un nuevo *orden estatal* [Vilajosana, 1997: 60])<sup>10</sup>, sin necesidad de que se hayan dictado normas no autorizadas jurídicamente. De no ser así, agrega el mismo autor, habría que concluir extrañamente que la constitución y demás normas jurídicas de B formarían parte del orden jurídico de A, puesto que «fueron autorizadas por la norma de A que otorga la independencia y, por tanto, pertenecen a la misma cadena de validez y al mismo orden jurídico» (Vilajosana, 1997: 61). Luego, teniendo en cuenta este ejemplo (aunque no sólo), Vilajosana concluye que «la ilegalidad de un cambio normativo no es condición necesaria para el cambio de un orden jurídico» (Vilajosana, 1996: 53).

Como se puede advertir, Vilajosana se encamina a discutir la elección de determinados criterios de *identidad* de un orden jurídico, es decir, los criterios que se utilizan para identificar a los conjuntos normativos que le pertenecen<sup>11</sup>. En términos

<sup>7</sup> «[N]either the 'constitutional continuity' of the new laws nor their content are necessary or sufficient conditions for establishing the continuity or lack of continuity of legal systems» (Raz, 1970: 187).

<sup>8</sup> «A revolution is neither a necessary nor a sufficient condition for anything that should be described as a change in the identity of the state or the legal system» (Finnis, 1971: 434).

<sup>9</sup> Este ejemplo parece inspirado en Hart, 1961: 120-121. Vilajosana toma prestado el ejemplo de Raz en Vilajosana, 1997: 60.

<sup>10</sup> Este autor distingue los conceptos «orden jurídico» y «orden estatal». Por «orden estatal», Vilajosana entiende «una secuencia de órdenes jurídicos (tercer nivel)» (Vilajosana, 1996: 46). Esta noción se encuentra ampliada en Vilajosana, 1997: 22-24. Una crítica de esta disociación entre el Estado y el orden jurídico se encuentra en Zuleta, 2015: 223.

<sup>11</sup> Como explican Alchourrón y Bulygin, si por «orden jurídico» se entiende –no un conjunto de normas, sino– una secuencia de conjuntos, «La unidad de esta secuencia y con ello la identidad del orden jurídico estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia [...] sólo si se modifican los criterios de identificación, es decir, son

muy generales, la identidad de un orden jurídico puede establecerse sobre la base de criterios *formales* o de criterios *materiales* (Caracciolo, 1988: 71). El criterio formal por excelencia es el criterio de *legalidad*; según este criterio, la conformidad legal del cambio (de un sistema a otro) opera como condición *necesaria y suficiente* de identidad (Caracciolo, 1988: 71): ello es lo que permite dar cuenta de cuáles son los conjuntos normativos que pertenecen a un orden jurídico<sup>12</sup>. Pero la continuidad legal –a decir de Raz– es sólo *un* factor, y ni siquiera el más importante, para determinar si dos o más sistemas pertenecen al mismo orden jurídico (Raz, 1970: 188); frente a la alegada insuficiencia de este criterio<sup>13</sup>, cuya adopción produciría resultados contraintuitivos<sup>14</sup>, algunos autores han propuesto la utilización de criterios materiales de identidad. Esto es precisamente lo que hace Vilajosana.

Por razones de espacio, no podré referirme aquí sobre la propuesta central de Vilajosana en torno a la estipulación de un criterio material de identidad de los órdenes jurídicos (Vilajosana, 1997: 137-138; 201-202). Sin embargo, sí me ocuparé de defender la plausibilidad de incluir al dictado de normas originadas de manera «extra ordinem» como condición necesaria (aunque no suficiente) para el surgimiento de un nuevo orden jurídico. En contra de lo que sostiene el referido autor, sostendré que el ejemplo de la secesión acordada no resulta persuasivo para mostrar lo contrario ni, por ende, para redefinir los conceptos relacionados con el surgimiento de nuevos órdenes jurídicos<sup>15</sup>. Veamos.

### 3. Críticas al ejemplo de la secesión acordada

Ante todo, es importante señalar que cada experiencia histórica de secesión pactada muestra grados de progresividad y de complejidad que no pueden obviarse dentro de un análisis particular, por la cantidad de matices relevantes que hay que tener en

---

reemplazados por otros (como ocurre, por ejemplo, en el caso de una revolución o una declaración de independencia) pierde el orden jurídico su identidad y es sustituido por otro orden nuevo» (Alchourrón y Bulygin, 1976: 397).

<sup>12</sup> «[U]n sistema normativo  $S_t$ , pertenece al orden jurídico  $O_j$  si, y solo si: a) las normas inéditas de  $S_t$ , con respecto al contenido del sistema anterior  $S_{t-1}$  que pertenece a  $O_j$ , han sido emitidas mediante actos autorizados por normas que pertenecen a  $S_{t-1}$ ; b) las normas de  $S_{t-1}$  que no pertenecen a  $S_t$  han sido derogadas por actos autorizados por normas de  $S_{t-1}$ . La aplicación de ambos requisitos asegura, entonces, la legalidad del cambio temporal de sistemas pertenecientes al orden jurídico» (Caracciolo, 1988: 68). Con el mismo criterio, la pertenencia de  $S_{t-1}$  se mide en relación con un anterior sistema  $S_{t-2}$  y así sucesivamente, hasta llegar a un sistema «originario» cuya pertenencia al orden «no puede establecerse mediante el mismo criterio de legalidad» (Caracciolo, 1988: 68).

<sup>13</sup> Esta crítica se sub-divide entre los autores que sostienen que la ilegalidad no es condición necesaria ni tampoco suficiente para el cambio de orden jurídico (Vilajosana, 1996: 52-53; Vilajosana, 1997: 58-61); y los autores que, sin comprometerse tanto, señalan que la ilegalidad es condición necesaria, aunque *no suficiente*, para dicho cambio (Caracciolo, 1988: 72-73).

<sup>14</sup> Vilajosana sostiene que asumir un criterio puramente formal de legalidad provocaría los siguientes resultados contraintuitivos: que la modificación completa del contenido de las normas de un sistema perteneciente a un orden jurídico, si es efectuada de forma legal, no contaría como cambio de orden jurídico; y que un cambio ilegal en cualquier materia «sin importancia» bastaría para dar lugar a un cambio de orden jurídico (Vilajosana, 1996: 50). Caracciolo, por su parte, señala que es dudoso que un criterio formal pueda reproducir las no siempre consistentes prácticas de identificación (en el mismo sentido, *vid.* Zuleta, 2015: 226); y para el efecto se pregunta si es posible asegurar que un orden jurídico permanece idéntico si, mediante un cambio constitucional, se reemplaza el régimen de propiedad privada de los medios de producción por el régimen de propiedad colectiva: «si la respuesta es negativa, entonces se incluyen también criterios que pueden denominarse *materiales*» (Caracciolo, 1988: 71).

<sup>15</sup> Estoy consciente de que este ejemplo de la secesión acordada tiene que ver *directamente* con la identidad del orden estatal (y no con la identidad del orden jurídico). Sin embargo, y como el propio Vilajosana lo expresa, el ejemplo muestra un cambio de orden estatal que, por las conexiones entre niveles estipuladas por dicho autor, *implica* un cambio de orden jurídico (Vilajosana, 1997: 60). Dicho de otro modo, se trata de un ejemplo de cambio de orden jurídico por implicación: porque ha habido un cambio de orden estatal. De hecho, el mismo autor señala expresamente este ejemplo para intentar mostrar cómo un cambio de órdenes jurídicos puede verificarse sin «ilegalidad» de por medio. Y es precisamente esta idea la que se discute en este artículo.

cuenta. Pese a ello, si se mantiene el análisis respecto del ejemplo genérico planteado, habría que decir que la presentación es poco realista, en el sentido de que no refleja lo que usualmente ocurre en los casos de secesión acordada. Y es que, al menos en los regímenes de constitución rígida, donde el contenido de las leyes se encuentra siempre limitado o predeterminado<sup>16</sup>, una norma que concediera «poderes legislativos, exclusivos e ilimitados» a un parlamento electo por los habitantes de una parte del territorio de un Estado, sólo podría ser *válidamente* producida si su contenido no entrase en colisión con el contenido de normas jerárquicamente supraordenadas (típicamente, normas constitucionales). Pero es más que factible hallar un buen número de disposiciones constitucionales que, en diversos países, no permitirían esa transferencia de poderes ni, además, la consecuente cesión de una porción del territorio y de la población del propio Estado en favor de nuevos Estados<sup>17</sup>. En estos casos, la norma del ejemplo en cuestión no podría ser promulgada de forma válida dentro del ordenamiento jurídico de A; por el contrario, su producción significaría un estado de cosas inconstitucional, sólo que pacíficamente consentido por las autoridades y por los habitantes de A. En otras palabras, bajo el anterior panorama habría que inferir que la eventual producción de tal norma podría darse pacíficamente *pero no legalmente*<sup>18</sup>.

Claro está, el caso hipotético señalado no llega tan lejos como para detallar si existen las condiciones de su propia realización en un régimen de constitución rígida<sup>19</sup>. Además, se puede refutar la anterior observación señalando que la existencia de normas jerárquicas superiores, que tornen jurídicamente inviable al ejemplo analizado, depende de una mera contingencia; o que tal problema no se presenta cuando las propias normas constitucionales contemplan la posibilidad de la «transferencia de poderes» al nuevo Estado (sea que tales normas se deriven del texto constitucional originario o de posteriores reformas constitucionales introducidas)<sup>20</sup>. En cualquier caso, el ejemplo genérico analizado me sigue

<sup>16</sup> En el contexto de una constitución rígida, la validez de las leyes implica una relación de conformidad que se establece no solamente respecto de las normas que disciplinan su producción (validez formal), sino también respecto de las normas que limitan o predeterminan su posible contenido (validez material) (vid. Guastini, 2011: 254). Este análisis no es predicable respecto de los ordenamientos jurídicos encabezados por constituciones flexibles, donde el poder legislativo es el «más alto» de los poderes constituidos (Guastini, 1996: 314) y la ley, en consecuencia, es la «fuente suprema» (Guastini, 1996: 316).

<sup>17</sup> Por ejemplo, el Art. 1 de la constitución francesa declara que «Francia es una república indivisible»; el Art. 5 de la constitución de Italia expresa que la República es «una e indivisible»; y el Art. 2 de la constitución española enfatiza que «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles».

<sup>18</sup> Asumo aquí que una ruptura «ilegal» podría ser perfectamente pacífica y consentida. Dicho de otro modo, asumo que no existe una relación conceptual necesaria entre «ruptura ilegal» y «ruptura violenta».

<sup>19</sup> Recuérdese, además, que esta hipótesis fue originalmente planteada por Joseph Raz, quien al momento de su enunciación (1970) posiblemente estaba pensando en los procesos de descolonización atinentes al Reino Unido, donde evidentemente no existe un régimen de constitución rígida.

<sup>20</sup> Este supuesto de hecho, según mi investigación, se presenta con claridad solamente en una constitución (de entre todas las constituciones vigentes alrededor del mundo): se trata de la constitución de Etiopía, que en su artículo 39 no solamente reconoce el «incondicional derecho a la autodeterminación, incluyendo el derecho a la secesión» atribuido a «cada Nación, Nacionalidad y Pueblo en Etiopía» (Art. 39.1); sino que también dispone todo un procedimiento jurídico para la entrada en vigor de la secesión (Art. 39.4), lo que incluye, entre otras cosas, la celebración de un referéndum y la «transferencia de poderes» que el Gobierno Federal tendría que realizar en favor del Parlamento de la «Nación, Nacionalidad o Pueblo» que haya logrado una votación favorable a la secesión (Art. 39.4.d). Existe otro caso digno de mención, aunque no es del todo coincidente: el Art. 4.2 de la constitución del Principado de Liechtenstein dispone que los municipios tienen el derecho de secesión para separarse del Estado, y que tal secesión «debe ser regulada por una ley o, si fuere el caso, por un tratado». Aunque no queda claro si la eventual ley reguladora de la secesión tendría que ser dictada por el Parlamento de Liechtenstein o por el propio órgano legislativo del municipio secesionista, lo cierto es que, incluso si se escogiera la primera opción interpretativa, la citada disposición constitucional no especifica cuál debe ser el contenido de aquella ley (de modo que bien podría concebirse otro posible contenido, no

pareciendo poco realista por lo siguiente: en estos contextos de secesión acordada, los países a lo sumo toleran o admiten la separación de una parte de sus territorios, pero no «otorgan» competencias al nuevo Estado a través de normas jurídicas. Esto último no es necesario, pues en el propio acto de secesión viene implicada la posibilidad, atribuible a quien se separa, de organizar un autogobierno colectivo a través de órganos y legislación propios. Si se acepta lo anterior, no parece tener mucho sentido conferir «poderes legislativos, exclusivos e ilimitados» al parlamento del nuevo Estado independiente; más allá de los posibles efectos simbólicos, ello no tendría ninguna significación jurídica<sup>21</sup>.

En este orden de ideas, no sería nada sensato que el naciente Estado identificara el origen de sus poderes públicos en la promulgación de una norma jurídica del país del cual se separó; lo plausible sería que se identifique aquello en virtud del conjunto de hechos por los cuales se llegó a la aceptación de las normas independientes promulgadas por sus propias autoridades supremas, lo que conlleva al reconocimiento de un orden jurídico propio (Hart, 1961: 121). Con todo, una eventual norma jurídica de un Estado «matriz», que tuviera como propósito «otorgar» competencias a una de sus colonias o regiones con ocasión de su conversión en un nuevo Estado independiente, sería mucho más comprensible como una norma de *autolimitación* –para establecer los respectivos recortes en la extensión geográfica, política y jurídica del Estado de origen, una vez asumida la secesión– y no como una genuina habilitación jurídica a favor del nuevo Estado independiente.

De cualquier modo, todas estas disquisiciones parecen vanas si se parte de un ejemplo imaginario y, a mi modo de ver, carente de efecto persuasivo. Entiendo sin dificultad que la referida hipótesis es ocupada como una estrategia argumentativa de reducción al absurdo para mostrar las inaceptables consecuencias a las que llevaría la adopción de un criterio «puramente formal» de identidad de los órdenes jurídicos<sup>22</sup>; sin embargo, me parece que las críticas hacia tal criterio, así como las propuestas de otros criterios alternativos, podrían servirse de hipótesis ajustadas a la realidad para tratar de mostrar lo plausible o implausible de unas u otras perspectivas.

Dicho esto, ofrezco continuar el análisis precedente con un ejemplo real de secesión acordada: el que culminó con la independencia de Montenegro, lograda en el año 2006.

### 3.1. El caso de Serbia y Montenegro: una secesión constitucionalmente prevista

Ante todo, es necesario indicar que, tras la disolución de la República Federal Socialista de Yugoslavia (en 1992), Serbia y Montenegro permanecieron como repúblicas federadas dentro lo que se denominó, primero, *República Federal de Yugoslavia* (desde 1992 hasta 2003) y, posteriormente, *Unión Estatal de Serbia y Montenegro* (desde 2003 hasta 2006). Ambas repúblicas, Serbia y Montenegro, contaban con sus propias constituciones estatales, que debían guardar armonía con la constitución federal respectiva<sup>23</sup>. El caso es que el 21 de mayo de 2006 se celebró en Montenegro un referéndum para la secesión, en el que además se consultaba la

---

necesariamente coincidente con la «transferencia de poderes»). Los dos casos antes mencionados han sido extraídos de la base de datos *Constitute Project* ([www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org)).

<sup>21</sup> De hecho, en la formulación de la hipótesis original, Joseph Raz indica que el hecho de la producción normativa de tal ley (que confiere «poderes legislativos ilimitados»), es considerada dentro del nuevo Estado como un hecho de «gran significado político, pero no jurídico», lo que el citado autor estima como una opinión «completamente justificada» (Raz, 1970: 103).

<sup>22</sup> Esto es, que el sistema jurídico del nuevo Estado formaría parte del mismo orden jurídico del Estado matriz, al que estaría conectado por una misma «cadena de validez» (Vilajosana, 1997: 61).

<sup>23</sup> Esto es, con la Constitución de la República Federal de Yugoslavia, de 1992; y, después, con la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro, de 2003.

posibilidad de constituir un estado totalmente independiente; los resultados favorables –un 55,49% de la población de Montenegro se decantó por el «sí»– desencadenaron un proceso que culminaría el 3 de junio de 2006 con la declaración de independencia. Serbia aceptó los resultados, la Unión Estatal se disolvió, y Montenegro desde entonces es un Estado del todo independiente.

Lo curioso de este caso es que, tanto el referéndum para la secesión de Montenegro, así como la ley que dispuso su convocatoria y realización<sup>24</sup>, estaban constitucionalmente previstos como instrumentos jurídicos para viabilizar una eventual secesión. En efecto, el Art. 60 de la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro, promulgada en el año 2003, articulaba un procedimiento jurídico de cambio de *status* para salir de la Unión que podía ser utilizado por cualquiera de los estados miembros después de tres años de vigencia de aquella Carta<sup>25</sup>. Parecería, entonces, que todo el recorrido de Montenegro hacia su independencia se habría enmarcado en la legalidad vigente y sin necesidad de ruptura alguna: todo estaba enteramente previsto en las disposiciones constitucionales establecidas para celebrar el referéndum y para concretar la independencia en caso de resultados favorables. Sobre esta base se podría concluir que existen casos reales como el de Montenegro –y otros<sup>26</sup>– en los que un nuevo orden jurídico-estatal llega a surgir sin necesidad de una ruptura *extra ordinem*.

No obstante, considero que las anteriores conclusiones serían imprecisas. Una cosa es que la secesión de cierta parte de un Estado se haya pactado o convenido, y que en esa tesitura se observen todos los pasos de un procedimiento legal o constitucionalmente dispuesto para conseguir tal finalidad<sup>27</sup>; y otra cosa muy distinta es cómo se conforma el orden jurídico del Estado naciente después de su secesión «legalmente» obtenida. De la «legalidad» de la secesión, me parece, no se sigue en lo absoluto que el orden jurídico del nuevo Estado forme parte del *mismo* orden jurídico del Estado que convino la separación.

Vilajosana, como se ha dicho, adjudica esta implausible consecuencia a una perspectiva puramente formal de identidad de los órdenes jurídicos –à la Kelsen– con la que está en desacuerdo (Vilajosana, 1997: 61); pero esta atribución no parece exacta, y no por la reconstrucción de los axiomas *kelsenianos* relativos a la unidad de los órdenes jurídicos, sino por la introducción de la idea según la cual las normas jurídicas del nuevo Estado habrían sido «autorizadas» por las normas del Estado sobre el que recae la separación (por efecto de la hipótesis de la «transferencia de poderes» previamente analizada). Esto me parece del todo inexacto: las normas concedentes del Estado «matriz» sólo pueden recaer sensatamente sobre el acto mismo de la secesión, pero nada más que eso; e incluso si aquellas normas se formularan en términos de «transferencia de poderes», tal uso del lenguaje jurídico chocaría con el hecho de que cada Estado independiente, aun cuando se haya

<sup>24</sup> «Ley sobre el Referéndum acerca del Status Jurídico del Estado» del 1 de marzo de 2006, dictada por el Parlamento de la entonces República federada de Montenegro.

<sup>25</sup> Los tres primeros incisos de este artículo disponían lo siguiente: «Después de cumplirse el período de tres años, los Estados miembros tienen derecho a iniciar el procedimiento de cambio de su estatus estatal, es decir, de salir de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro. La decisión de salir de la Unión [...] se aprobará después de celebrar un referéndum. La Ley de Referéndum la aprobará el Estado miembro, teniendo en cuenta los estándares democráticos aceptados internacionalmente».

<sup>26</sup> Otro caso que vale la pena mencionar es el de Sudán del Sur –el país más reciente en el mundo, surgido en el 2011– que logró su independencia a través de un referéndum de «autodeterminación» que también estaba previsto con detalle, incluso en lo tocante a su época de celebración, en la constitución del país al que pertenecía, es decir, en la constitución de la República del Sudán (Título XVI, Arts. 219 a 222), donde se encontraban «constitucionalizados» los acuerdos de paz que sirvieron para cesar la *Segunda Guerra Civil Sudanesa*.

<sup>27</sup> A esto parece referirse Vilajosana cuando expresa que «puede otorgarse legalmente la independencia a un Estado» (Vilajosana, 1997: 27).

separado de manera jurídicamente disciplinada, conforma sus propias autoridades normativas y su propio orden jurídico de manera (precisamente) *independiente* a lo que hagan o dejen de hacer las autoridades del Estado matriz.

Para mostrar las razones explicativas de por qué esto último es así, resulta bastante útil el mencionado caso de Montenegro, ejemplo paradigmático de una secesión que, pese a haber sido perfectamente ejecutada desde los parámetros legales y constitucionales, en ningún momento se consideró condicionada al orden jurídico conforme al cual se separó. Y es que, en el momento mismo de la declaración de independencia, la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro dejó de ser reconocida por los montenegrinos como el conjunto de normas supremas del Estado, banalmente porque ya no reconocían su pertenencia a ese Estado sino a uno nuevo<sup>28</sup>. Es evidente que ello tenía que suceder, pues tal constitución, al tener como objeto a una federación que Montenegro ya no integraba, no podía ya considerarse parte de *su* derecho, esto es, del derecho del Estado al que se reconoce como propio.

Por otro lado, también parece obvio que, junto con la independencia, tenía que identificarse algún conjunto de normas supremas para el nuevo Estado. Todo Estado independiente requiere de un grupo de normas básicas que puedan operar como *su* constitución –entendida en el sentido más elemental: como un conjunto de normas que le *dan forma* al Estado–, lo cual es una necesidad allí donde se afirme que existe un Estado y un orden jurídico vinculado a la tal organización estatal<sup>29</sup>. En este sentido, al momento de la declaración de independencia de Montenegro, existían básicamente tres posibilidades de adopción de una constitución para el nuevo Estado: a) la adopción indefinida de la constitución de Montenegro de 1992 (que, según una opinión generalmente compartida, había estado en vigencia todos esos años bajo el título de constitución nacional o estatal del estado federado de Montenegro [Bradley y Tuori, 2006: 10]), pero cambiando lo que hubiera que cambiar (*mutatis mutandis*)<sup>30</sup>; b) la adopción transitoria de la constitución de Montenegro de 1992, *mutatis mutandis*, hasta poder producir una nueva constitución acorde al procedimiento de sustitución constitucional previsto expresamente en dicha carta<sup>31</sup>; y, c) la adopción transitoria de la constitución de Montenegro de 1992, *mutatis mutandis*, hasta poder producir una nueva constitución acorde a un «proceso constituyente» confiado a una Asamblea

---

<sup>28</sup> Según una opinión generalmente aceptada –y corroborada por dos expertos de la «Comisión de Venecia»–, la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro dejó de estar en vigencia en Montenegro el día en que se declaró su independencia, es decir, el 3 de junio de 2006 (*vid.* Bradley y Tuori, 2006: 10).

<sup>29</sup> Como expresa John Gardner, «*A constitution is a conceptual necessity of every legal system. In every legal system there are rules that specify the major institutions and officials of government, and determine which of them is to do what, and how they are to interact, and how their membership or succession is to be determined, and so forth. [...] These rules without which there would be no legal system (or some of them, invariably in combination with some other rules) make up the constitution of that system*» (Gardner, 2011: 89).

<sup>30</sup> Ello, debido a que el Art. 1 de la Constitución de la República de Montenegro de 1992 definía a Montenegro como miembro de la extinta *República Federal de Yugoslavia* (y no como una república independiente).

<sup>31</sup> El art. 119 de la Constitución de la República de Montenegro de 1992 contenía una serie de regulaciones procedimentales relativas al supuesto en que se presentare una propuesta de adopción de una nueva constitución. No obstante, este procedimiento fue totalmente obviado por el Parlamento de Montenegro que, después de la independencia, prefirió el camino de una Asamblea Constituyente.

Constituyente<sup>32</sup>. El camino elegido fue el especificado en el literal c)<sup>33</sup>; lo que, por cierto, no estuvo exento de polémicas<sup>34</sup>.

En cualquier caso, se puede advertir con claridad que ninguna de las tres posibilidades para instaurar una constitución del naciente Estado se encontraba de modo alguno basada en cierta «autorización» que expresa o tácitamente haya sido conferida por la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro. Y es que esa constitución federal regulaba únicamente *la decisión de salir de la Unión*, por parte de cualquiera de los Estados miembros<sup>35</sup>. Nada más. Por tanto, del estricto cumplimiento de esta disposición constitucional no se podía seguir lógicamente ninguna «autorización» para hacer otra cosa que no sea decidir la misma salida de la Unión. Nótese incluso que la referida Carta Constitucional ni siquiera confería «autorización» para declarar la independencia después de la salida de la Unión, lo que podría explicarse por la impertinencia que ello habría supuesto (habida cuenta de

<sup>32</sup> Nótese la convergencia de estas tres posibilidades respecto a la adopción matizada de la constitución de Montenegro de 1992, como el acto que inmediatamente había que realizar con la declaración de independencia. Esto se explica porque las normas de esa constitución eran las piezas más cercanas que podían servir a los propósitos planteados, aunque sea de modo transitorio; y es que, a pesar de haber sido una constitución estatal dentro de un esquema federal, dicha carta brindaba la facilidad de referirse específicamente a Montenegro, a sus poderes constituidos y a las relaciones entre dichos órganos y los ciudadanos montenegrinos.

<sup>33</sup> Esta adopción se evidenció durante un poco más de 16 meses: desde el 3 de junio de 2006 (declaración de independencia) hasta el 22 de octubre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la nueva constitución de Montenegro). Ya en la propia declaración de independencia, el Parlamento de Montenegro invocó la competencia jurídica para emitir regulaciones y promulgaciones de carácter general conferida por el Art. 81.2 de la Constitución de la República de Montenegro de 1992; pero en la misma declaración de independencia se expresó que Montenegro, como Estado independiente, reforzaría los principios que definen su existencia política «mediante la promulgación de una nueva Constitución». Para cumplir este propósito, el Parlamento expidió la «Ley de la Asamblea Constituyente de la República de Montenegro», del 10 de julio de 2006. Siguiendo lo dispuesto por esta ley, el 2 de octubre de 2006 se instaló la Asamblea Constituyente de Montenegro, con los representantes que habían sido escogidos en las elecciones del 10 de septiembre de 2006 (y cuya convocatoria había sido efectuada el 11 de julio de 2006). Posteriormente, el 26 de octubre de 2006, la Asamblea Constituyente expidió la «Ley sobre el procedimiento para la aprobación y promulgación de la nueva Constitución de la República de Montenegro», que sirvió de base para que el 19 de octubre de 2007 se promulgara la nueva constitución (que entró en vigor el 22 de octubre del mismo año). Esta sintética reconstrucción está basada en Bradley y Tuori, 2006: 10; Vuković, 2013: 37 y ss.; y Banović, 2016: 295-299.

<sup>34</sup> Bajo el argumento de la falta de sustento constitucional para la convocatoria y funcionamiento de una Asamblea Constituyente, una demanda de inconstitucionalidad fue presentada sobre la «Ley de la Asamblea Constituyente de la República de Montenegro» del 10 de julio de 2006, que definía la agenda y el órgano encargado para producir la nueva constitución montenegrina que reemplazaría a la constitución de 1992. En este sentido, se aducía la utilización de la constitución de 1992 únicamente como instrumento para promulgar formalmente una ley que estableciera los hitos para reemplazarla; y es que, efectivamente, las disposiciones de la mencionada «Ley de la Asamblea Constituyente», a pesar de que se encontraban autorizadas desde un punto de vista formal –puesto que fueron producidas según el procedimiento legislativo previsto en la constitución– tenían un contenido que no podía ser conciliado con las normas constitucionales vigentes en ese momento (porque chocaba abiertamente con el procedimiento de sustitución constitucional previsto en el Art. 119 de la constitución de 1992). Sin embargo, la Corte Constitucional de Montenegro –a quien correspondía el conocimiento de la demanda– se abstuvo de evaluar la conformidad constitucional de la referida ley, por considerar que el Parlamento se encontraba ejerciendo una «función constituyente» necesaria para adoptar la «primera constitución» y establecer «un nuevo orden constitucional» (Sentencia de la Corte Constitucional de Montenegro, de diciembre 6 de 2006 – *U.br. 74/06 i 75/06*). Con esta decisión judicial se dio vía libre al funcionamiento de la Asamblea Constituyente, que culminó con la aprobación de la nueva constitución de Montenegro.

<sup>35</sup> Para tal efecto, el artículo 60 de dicha constitución articulaba un procedimiento jurídico consistente en: promulgación de una Ley de Referéndum (que debía tener en cuenta «los estándares democráticos aceptados internacionalmente»); celebración del referéndum; y, según los resultados del referéndum, aprobación de la decisión de salir de la Unión. Pero nada más que eso.

que todo aquello que sucedía fuera de la Unión ya no pertenecía al ámbito de validez de tal Carta Constitucional)<sup>36</sup>.

Este último argumento –sobre el desbordamiento del ámbito de validez constitucional que supondría una norma de «autorización» con pretendidos efectos hacia el exterior– puede aplicarse también a otro caso que, en cierto punto, se asemeja incluso más a la hipótesis genérica que fue expuesta en el apartado precedente. Este sería el caso de Etiopía, cuya constitución (Art. 39.4.d) dispone que, en caso de secesión, el Gobierno Federal etíope tiene que realizar una «transferencia de poderes» a favor del Parlamento de la «Nación, Nacionalidad o Pueblo» que haya logrado una votación favorable en el respectivo referéndum secesionista. Como dije en páginas anteriores, no creo que expresiones como aquella tengan algún significado jurídico coincidente con la idea de habilitación o autorización; parecen, más bien, un simple uso equívoco del lenguaje. Digo esto a cuenta de que la constitución de Etiopía sólo podría tener un ámbito de validez limitado a Etiopía (como no puede ser de otra forma, tratándose de la constitución de un Estado); por tanto, la previsión constitucional de una «transferencia de poderes» sólo podría entenderse para efectos jurídico-administrativos internos del propio Estado, pero no para generar efectos jurídicos en otros Estados, lo que desbordaría los límites del lenguaje normativo en el uso de la palabra «constitución»<sup>37</sup>.

Además, si una «Nación, Nacionalidad o Pueblo» de Etiopía lograra efectivamente la secesión, siguiendo el procedimiento constitucionalmente establecido, ¿por qué habría de necesitar una «transferencia de poderes» a su favor? Dicho de otro modo ¿cómo se las arreglarían los países que, como Montenegro, consiguieron una secesión pactada y ejecutada conforme a las disposiciones constitucionales del Estado «matriz», sin recibir por otra parte ninguna «transferencia de poderes»? El único objetivo de estas preguntas retóricas es mostrar que no hay absolutamente nada que el Estado matriz tenga que «transferir», que no esté implicado ya en el propio acto de secesión como una posibilidad autónoma de quien se separa. En conclusión, la «transferencia de poderes» a la que se refiere la constitución de Etiopía dentro del esquema de secesión pactada previsto en su texto, sólo puede tener: *ad extra*, un significado simbólico, claramente no jurídico, y en ningún caso equiparable a una auténtica autorización; y *ad intra*, un significado jurídico limitado estrictamente a la reorganización de sus propios poderes públicos y de sus respectivas competencias como consecuencia de la secesión acordada.

Ahora bien, aunque los anteriores argumentos permiten sostener por qué *no* es posible hablar de una «transferencia de poderes» a favor de quien ya se ha separado del Estado, todavía queda por disolver una cuestión importante: ¿qué tipo de cambio es el que se advierte cuando se deja de reconocer una constitución y,

<sup>36</sup> Con lo cual, cualquiera de los Estados miembros que hubiera salido de la Unión podría haber determinado su independencia, o su anexión a otro Estado, o la constitución de una nueva federación con otros Estados, etc., y ello de manera totalmente desvinculada al ordenamiento jurídico precedente. Conviene tener presente aquí la distinción, propuesta por Costanza Margiotta, entre *secesión* (definida como la pretensión de *escoger con quién vivir*, respecto de un territorio sobre el cual se reivindica el ejercicio de la propia soberanía); y *auto-determinación* (definido como el derecho de escoger por quién ser gobernados, y de no hacer depender al gobierno de una voluntad diversa a la de los propios gobernados sobre un territorio determinado). *Vid.* Margiotta, 2005: 10.

<sup>37</sup> Genaro Carrió, siguiendo varias ideas prestadas de la filosofía del lenguaje de Wittgenstein y expuestas por David Pears, entiende que los *límites externos* del lenguaje normativo son rebasados cuando falla uno o más de los presupuestos normales del uso de ciertas expresiones pertenecientes a ese lenguaje, es decir, «por fallas en las presuposiciones contextuales que conciernen a esa dimensión» (Carrió, 1973: 26).

concomitantemente, se pasa a reconocer a otra constitución ya existente, como de hecho ocurrió en Montenegro?

### 3.2. La recepción de normas como hecho normativo (productor de normas independientes)

Siguiendo la literatura inspirada por Hans Kelsen y H.L.A. Hart, respectivamente, a primera vista se podría pensar que la independencia de Montenegro aparejó un cambio en la «norma fundante básica» (*Grundnorm*) (Kelsen, 1960: 208) o, quizás, en la «regla de reconocimiento» (Hart, 1961: 100-110). Sin embargo, y como quiera que sean entendidas estas entidades<sup>38</sup>, esto no es lo que principalmente cambió en Montenegro. Lo que cambió básicamente fue el Estado y, con ello, el orden jurídico-estatal. Así, si cambiaron los criterios de identificación de normas, o si cambiaron los criterios últimos de validez jurídica aceptados como vinculantes por los jueces, fue ante todo por el surgimiento de un nuevo ordenamiento jurídico correlativo al surgimiento del nuevo Estado, lo que no podría haberse hecho efectivo sin la producción de normas «independientes». Me explico.

Incluso si una secesión es nítidamente lograda desde parámetros jurídicos, como ocurrió en Montenegro, esto no evita en lo absoluto que, al comienzo de la existencia del nuevo Estado que ha logrado la independencia, simultáneamente se tengan que producir normas «independientes», esto es, normas que generan un «sistema originario» dentro de un nuevo orden jurídico. Esto ocurre forzosamente, por la sencilla razón de que es necesario producir normas que *den forma* a la organización estatal (Guastini, 2011: 153; 157-158), sin las cuales no es posible hablar de «constitución», de «orden jurídico», ni de «Estado». Estas normas no pueden estar «autorizadas» por otras normas jurídicas: ni de otros Estados, dada la inviabilidad de que una «transferencia de poderes» pueda generar efectos jurídicos *ad extra*, como antes ya se ha argumentado; ni del mismo Estado, puesto que se supone que el contexto en el que nos situamos es primigenio. Por consiguiente, estamos ante la presencia de normas «independientes» que, por definición, cumplen la función de «axiomas» o «postulados» del sistema.

En el mismo ejemplo de Montenegro, la producción de estas normas «independientes» se dio a partir de la decisión política de adoptar un conjunto de normas básicas para el nuevo Estado, echando mano del texto constitucional de 1992. Pero esta adopción no equivalía llanamente a una «adaptación», pues no se trataba simplemente de ajustar la *misma* constitución a la nueva realidad estatal, cambiando lo que hubiera que cambiar; esta forma de presentar las cosas, aunque pueda resultar más clara a fines de simplicidad expositiva, no es nada precisa. Y es que no parece sensato decir que se pueda «adaptar», a un ordenamiento determinado, una

---

<sup>38</sup> La norma fundamental a la que se refiere Kelsen, a lo largo de su obra, ha sido objeto de dilatadas discusiones en torno a su comprensión, básicamente porque parece conferir el poder constituyente para producir la «primera constitución», pero también parece ordenar –al mismo tiempo– la obediencia a las órdenes emanadas por los órganos constituidos por aquella constitución (Guastini, 2013: 77-87). Otro tanto ocurre con la regla de reconocimiento, que puede ser entendida de modos diversos: como una *regla conceptual* que fija los criterios últimos de identificación del derecho válido, es decir, los criterios para identificar un orden jurídico y las correspondientes normas que pertenecen a los diversos sistemas de ese orden (Bulygin, 1976: 35; Bulygin, 1991a: 278; Bulygin, 1991b: 316-318. *Vid.* Guastini, 2013: 89, para un análisis de por qué la regla de reconocimiento, así entendida, ni es norma, ni es jurídica); o como una *regla social* aceptada por el conjunto de los jueces, que prescribe a cada uno de éstos el uso de reglas y estándares que satisfagan determinados criterios últimos de validez jurídica para fundamentar sus decisiones (Ruiz Manero, 1990: 138). La regla de reconocimiento, además, puede ser comprendida en un tercer modo: como una entidad que aglutina la dimensión conceptual y la dimensión directiva (antes mencionadas), además de una dimensión *valorativa* (Atienza y Ruiz Manero, 1996: 154-155).

constitución perteneciente a un ordenamiento jurídico distinto, relativo a un Estado asimismo distinto.

Tras la mentada adopción, más bien, subyace un fenómeno complejo: un caso de *recepción*. La recepción es un procedimiento abreviado de creación jurídica mediante el cual un ordenamiento «recibe» y «hace suyas» –o, dicho más precisamente, pone en vigor– normas que poseen el mismo contenido en otro ordenamiento (Kelsen, 1945: 117; Kelsen, 1960: 218; Bobbio, 1960: 206-207). Pero que el contenido de las normas sea el mismo, no significa que las normas sean *las mismas*. Desde un punto de vista formal, no se trata de normas de un ordenamiento pretérito que «continúan siendo válidas» o que «permanecen en vigencia» – expresiones que, a decir de Kelsen, son inadecuadas y corresponden a una manera de hablar ordinaria e imprecisa (Kelsen, 1945: 117; Kelsen, 1960: 218); se trata, más bien, de *nuevas* normas que tienen la peculiaridad de tener un contenido coincidente con normas de otros ordenamientos (Kelsen, 1945: 117-118).

Bajo esta reconstrucción más apropiada, se puede concluir entonces que aquellas normas que Montenegro adoptó de manera transitoria en el 2006 como reglas básicas de organización estatal, para comenzar su nueva realidad como república independiente, no eran *exactamente* las normas de la constitución de la República de Montenegro de 1992; a pesar de su coincidencia casi completa con el contenido de las normas «receptadas»<sup>39</sup>, se trataba de *nuevas* normas que, privadas de algún fundamento de validez en otras normas jurídicas, conformaron la «primera constitución» del naciente Estado. Así las cosas, la decisión política de tomar aquellas normas constitucionales de otro ordenamiento –que formaba parte de la historia de Montenegro, pero no más que eso– puede ser vista como un *hecho normativo* que produjo nuevas normas básicas de organización, plenamente calificables como normas «independientes». Y en la ejecución de aquella decisión política, concretada efectivamente en el plano normativo, puede identificarse la manifestación de lo que se denomina «poder constituyente» en su acepción *paradigmática*: «originario» de un orden jurídico.

#### 4. A modo de conclusión

Recapitulando, entonces: el surgimiento del orden jurídico en el nuevo Estado independiente de Montenegro nada tuvo que ver con la «legalidad» o «constitucionalidad» con la que fue lograda su secesión: por un lado, porque la conformación de su sistema jurídico –a partir de la recepción de normas de la constitución de 1992– no estuvo basada en lo absoluto en alguna «autorización» que expresa o tácitamente haya sido conferida por la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro; y, por otro lado, porque la referida recepción normativa supuso la producción de normas «soberanas» o «independientes» que dieron lugar a un nuevo sistema jurídico originario y, por ende, a un nuevo orden jurídico.

Lo que muestra el caso de las secesiones acordadas, en mi opinión, es que incluso ante la posibilidad de una secesión perfectamente ejecutada desde el punto de vista de la legalidad –que es lo que finalmente trata de señalar Vilajosana como premisa de su razonamiento–, resulta inevitable que el nuevo Estado, a partir del momento en que comienza su existencia, *necesariamente* produzca determinadas

<sup>39</sup> Digo que la coincidencia de contenido era «casi» completa puesto que al menos dos disposiciones constitucionales no podrían haberse receptado en el 2006: la que expresaba que «Montenegro es miembro de la República Federal de Yugoslavia» (Art. 1) y la que especificaba que «Montenegro será soberano en todas las materias no sometidas a la jurisdicción de la República Federal de Yugoslavia» (Art. 2).

normas básicas de organización social y política que, dado el contexto, no pueden estar dotadas de un fundamento de validez identificable en normas jurídicas.

Para divisar claramente lo anterior, conviene distinguir dos momentos: el correspondiente a la secesión, que puede estar supeditada a las normas jurídicas del Estado «matriz» (dependiendo de si se la ha regulado y de cómo se la haya regulado) y que, por ende, puede ser lograda mediante un cumplimiento perfectamente legal de aquellas normas; y el que corresponde al establecimiento de la «primera constitución» (no condicionado por el anterior momento), donde la producción de normas «soberanas» o «independientes» se evidencia como condición necesaria (aunque no suficiente) para que surja un nuevo orden jurídico efectivo como consecuencia de aquello que se denomina «poder constituyente».

## Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. (1976), "Sobre el concepto de orden jurídico". En: ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 393-407.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
- BANOVIĆ, D. (2016), "Montenegro". En: FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Wiesbaden, Springer, pp. 289-306.
- BOBBIO, N. (1960), *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO, N. (1967), "Fatto normativo". Citado por la versión posterior del mismo autor, "Consuetudine e fatto normativo". En: BOBBIO, N. (1994), *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, pp. 17-57.
- BRADLEY, A., y TUORI, K. (2006), *On the conformity of the legal order of the Republic of Montenegro with the Council of Europe Standards*. Disponible en: [http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/EminentLawyers\\_Report-Montenegro.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/EminentLawyers_Report-Montenegro.pdf) (fecha de consulta: 21 de enero de 2019)
- BULYGIN, E. (1991a), "Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, pp. 257-279.
- BULYGIN, E. (1991b), "Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, pp. 311-318.
- CARACCILO, R. A. (1988), *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- CARRIÓ, G. (1973), *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 1ª reimpresión de 2001, Astrea, Buenos Aires.
- FINNIS, J. (1971), "Revolutions and Continuity of Law". En: FINNIS, J. (2011), *Philosophy of Law. Collected Essays: Vol. IV*, Oxford, Oxford University Press, pp. 407-435.
- GARDNER, J. (2011), "Can There be a Written Constitution?". En: GARDNER, J. (2012), *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, pp. 89-124.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1983), "Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano". En: BULYGIN, E., FARRELL, M. D., NINO, C. S. y RABOSSI, E. A. (compiladores), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 157-180.
- GUASTINI, R. (1996), *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino.
- GUASTINI, R. (2011), *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino.

- GUASTINI, R. (2013), *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid.
- GUASTINI, R. (2017), *Discutendo*, Marcial Pons, Madrid.
- HART, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, 2ª. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- KELSEN, H. (1945), *General Theory of Law and State*, 3ª ed. De 1949, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- KELSEN, H. (1960), *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, Franz Deuticke. Citado por la traducción al castellano de VERNENGO, R. J. (1979), *Teoría Pura del Derecho*, 2ª reimpresión de 1982, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- MARGIOTTA, C. (2005), *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Il Mulino, Bologna
- MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E. (1993), *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- NINO, C. S. (1985), *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L. (1998), "La autoridad suprema de un orden jurídico. Un análisis conceptual", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 8, pp. 193-205.
- RAZ, J. (1970), *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2ª ed. de 1980, Clarendon Press, Oxford.
- RUIZ MANERO, J. (1990), *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- VILAJOSANA, J.M. (1995), "Problemas de identidad de los sistemas jurídicos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, pp. 331-342.
- VILAJOSANA, J.M. (1996), "Towards a material criterion of identity of a legal order", *Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, núm. 27 (1), pp. 45-64.
- VILAJOSANA, J.M. (1997), *El significado político del derecho*, Fontamara, México D.F.
- VON WRIGHT, G.H. (1963), *Norm and Action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London.
- VUKOVIĆ, M. (2013), "Ustav Crne Gore juče, danas, sutra", *Matica*, núm. 53, pp. 31-62.
- ZULETA, H. R. (2015), "Dinámica jurídica e identidad", *Analisi e Diritto*, pp. 213-227.