

# LA SOBERANA MILITAR ORDEN DE MALTA EN EL ORDEN JURÍDICO ECLESIAL E INTERNACIONAL

PAOLO GAMBI - PABLO JOSÉ SANDONATO DE LEÓN

---

## SUMARIO

---

**I • LA SOBERANA MILITAR ORDEN DE MALTA EN EL ORDEN JURÍDICO ECLESIAL.** 1. La Orden de Malta como orden caballeresca. 2. La Orden de Malta como orden religiosa. 3. La Orden de Malta como *genus* en sí misma. **II • LA SOBERANA MILITAR ORDEN DE MALTA EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.** 1. La subjetividad internacional, sus elementos y su tipología. A. La subjetividad de Derecho Internacional Público. B. La subjetividad internacional (continúa): tipologías. 2. La subjetividad Internacional de la Soberana Militar Orden de Malta. A. Planteamiento del tema. B. El ordenamiento jurídico melitense (carácter autónomo de la soberanía). C. La subjetividad internacional de la Orden de Malta (carácter independiente de la soberanía). **III • VISIÓN UNITARIA DE LA NATURALEZA Y POSICIÓN DE LA ORDEN DE MALTA EN EL ORDEN JURÍDICO ECLESIAL E INTERNACIONAL.**

---

1. La Soberana Militar Orden de Malta<sup>1</sup> (SMOM) tiene dos aspectos jurídicos, eclesial e internacional, diversos, pero a la vez íntimamente ligados. Aspectos que han sido contrapuestos o subsumidos según la doctrina, y que hallan explicación en la particular naturaleza de la Orden de Malta en tanto que entidad soberana de derecho internacional y a la vez orden religiosa y, por tanto, dependiente de la Santa Sede.

1. Su nombre oficial es: «*Soberana Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, llamada de Rodas, llamada de Malta*» (art. 1 párr. 1 de la Carta Constitucional de la Orden de Malta), pero se la suele, y lícitamente puede, referir como «*Soberana Militar Orden de Malta*» o simplemente «*Orden de Malta*» (art. 1 párr. 3 del mismo documento), o bien por el acrónimo «SMOM». La Carta Constitucional de la SMOM puede ser libremente consultada por todos en el único sitio oficial del Gran Maestrazgo de la Orden de Malta en la red en: [www.orderofmalta.org](http://www.orderofmalta.org). En el presente estudio se utiliza indistintamente la expresión Orden de Malta o simplemente «Orden», o bien el acrónimo SMOM indistintamente.

2. El presente estudio tiene por objeto ofrecer a la crítica una contribución más<sup>2</sup> sobre el particular por medio del estudio de los dos ámbitos de la SMOM: el eclesiástico y el secular, en virtud precisamente de esta doble naturaleza religiosa-laical. Pero al mismo tiempo no buscamos ofrecer un estudio pormenorizado del tema, que ya ha sido objeto de análisis por destacados autores, y que además requeriría de más espacio, o incluso de una obra específica.

Por otra parte, no escapa a nuestro conocimiento que los manuales universitarios no siempre plantean este tema, y pocos son aún los que lo estudian de manera al menos medianamente aceptable, dejando a los estudiantes en una injustificada laguna en su formación jurídica. Es por ello que el presente estudio va dirigido principalmente, pero no exclusivamente, a los estudiantes de Derecho interesados en el tema.

3. El estudio se estructura en tres partes (precedida de esta nota introductiva): la primera estudia la posición de la SMOM en relación al orden jurídico eclesial y la segunda la posición de la SMOM en relación al orden jurídico internacional. A su vez, cada parte se divide en secciones estudiando las particularidades de la Orden en el respectivo ordenamiento para arribar a una posible propuesta en dicho ámbito. Por último, se ofrece la visión unitaria de la naturaleza y posición de la Orden de Malta en el orden jurídico eclesial e internacional.

## I. LA SOBERANA MILITAR ORDEN DE MALTA EN EL ORDEN JURÍDICO ECLESIAL (por Paolo Gambi)

1. Particular relevancia por su colocación en el ámbito jurídico internacional es atribuida a la relación entre la SMOM y la Santa Sede, o más precisamente, a la posición de la SMOM dentro del orden jurídico eclesial<sup>3</sup>. En efecto, demostrando que la Orden posee una naturaleza

2. Como el lector podrá apreciar por las referencias bibliográficas consultadas, numerosa es la bibliografía al respecto (principalmente en lengua italiana, y es lógico que así sea, pues la Orden de Malta tiene su sede en Italia y, por tanto, es previsible y admisible que la doctrina se sienta particularmente movida, al tiempo que la jurisprudencia llamada, por el tema). Hemos optado por ofrecer el presente en lengua castellana para, al menos mínimamente, tratar de compensar la balanza.

3. Para una mínima bibliografía sobre la Orden de Malta véase GAZZONI, «Ordine di Malta», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, 1981, pp. 1-21; CANSACCHI, «Sovrano Mili-

meramente religiosa se podría concluir su no-originalidad, teniendo así un argumento en detrimento de su subjetividad jurídica internacional. Viceversa, demostrando la independencia de la Orden de la Iglesia, se sigue más fácilmente su subjetividad internacional<sup>4</sup>.

Lo que trataremos aquí de argumentar es, en cambio, la independencia de la Orden no «*de la*» Iglesia sino «*en la*» Iglesia. Si en efecto está en duda el ligamen de la SMOM con la Iglesia Católica, igualmente lo está su muy particular posición de independencia dentro de ella. Partiremos por definir a la Orden en el ámbito del contexto caballeresco, para pasar a su naturaleza jurídica en el panorama canónico, y concluir con una propuesta de clasificación en el ámbito eclesiástico.

### 1. *La Orden de Malta como orden caballeresca*

1. El primer ámbito en el cual la Orden de Malta adquiere relevancia jurídica es el de las Ordenes caballerescas cristianas<sup>5</sup>. Profundizando en la memoria de una historia tan remota cuanto lejana de nuestra *Weltanschauung*, esta encuentra parte de las propias raíces en aquella experiencia prácticamente hija del orden jurídico medieval que es el conjunto de las órdenes religioso-caballerescas. Omitiendo un sin duda fascinante viaje en el tiempo, que nos llevaría lejos del objetivo que nos hemos fijado<sup>6</sup>, tratemos de comprender cómo esta originaria caracterización de la Orden de Malta se presenta en el ordenamiento canónico vigente.

tare Ordine di Malta», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXX, 1993, pp. 1-3; GNAVI, «Sovrano Militare Ordine di Malta», en *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. XIV, 1999, pp. 394-412.

4. Cfr. GNAVI, *o. c.*, pp. 411-412.

5. Para tener un cuadro general de las Órdenes caballerescas en la Iglesia véase CAPPONI, «Titoli nobiliari b) diritto canonico e ecclesiastico», en *Enciclopedia del diritto*, Milano 1995, pp. 682-685; pero también SCHWARZENBERG, «Il Sovrano Militare Ordine di Malta e gli Ordini Cavallereschi della Santa Sede nella storia del diritto e dell'Oriente Cristiano», en *Jus*, 1972, pp. 348 ss.; IDEM, «Ordini Cavallereschi», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Milano 1981, pp. 23-37.

6. Para la historia de la Orden de Malta se vea de todos modos, MONTERISI, *Storia politica e militare del Sovrano Ordine di S. Giovanni di Gerusalemme detto di Malta*, Milano 1940, vol. I, pp. 3 ss., vol. II, pp. 3 ss.; BASCAPÉ, *L'Ordine sovrano di Malta e gli Ordini equestri della Chiesa nella storia del diritto*, tomo I, Milano 1940-1959.

2. Hoy en día las Ordenes caballerescas en cuanto tales parecen no tener un lugar preciso y codificado en la esfera jurídica eclesiástica. El *Codex Iuris Canonici* (CIC) no las menciona, pudiéndose por tanto, según autorizada doctrina, ser reducidas o bien a asociaciones públicas o bien a asociaciones privadas de fieles, según el acto constitutivo, o incluso a institutos de vida consagrada<sup>7</sup>. No existe sin embargo una categoría «Ordenes caballerescas» en sí mismas en el CIC. Esto conduce a una cierta incomodidad jurídica que se extiende prácticamente a todas las órdenes caballerescas todavía existentes, cuya naturaleza radica en la «cruz» y en la «espada»; en otras palabras, de un entrecruzamiento, no siempre reducible a modelos codificados, de normas canónicas y de normas civiles que las mantienen «enjauladas» en la cristalización codificadora y que terminan por morir en su esencia y siendo reconducidas a un modelo codificado, no siempre ajustado.

3. Aún en esta situación, en ausencia de una categoría codificada específica, resulta difícil ubicar a la Orden de Malta de manera incontestable. En la voluntad de querer considerarla en su esencia y reconducirla a uno y sólo uno de los modelos sancionados por el CIC nos encontramos frente a una seca alternativa: o pertenece a las asociaciones de fieles o pertenece a los institutos de vida consagrada. E incluso aún, cualquiera que sea la categoría elegida, no se logra dar un justo relieve y la merecida consideración de toda una serie de elementos, entre los cuales podríamos incluir simples tradiciones, más que privilegios litúrgicos, o, cosa particularmente relevante, costumbres radicadas en la historia

7. Sobre la cuestión, además de GNAVI, *o. c.*, p. 402, que no duda en incluir a la SMOM en cuanto tal entre los institutos de vida consagrada, creando después un símil, en lo que se refiere a los miembros no profesos, con los terciarios (cfr. *Ibidem*, p. 404), se vea asimismo CAPPONI, *o. c.*, p. 683; IDEM, «Il Sacro Militare Ordine di Santo Stefano Papa e Martire e il Sacro Militare Ordine Costantiniano di San Giorgio quali enti canonici», en AA.VV., *Gli Ordini dinastici della I. e R. Casa Granducale di Toscana e della Reale Casa Borbone Parma*, Pisa 2002, pp. 39-60, donde el argumento es tratado con organicidad bajo una óptica histórico-sistemática, en particular por cuanto se refiere a los dos Órdenes de San Jorge y de San Esteban; véase de todos modos también CAIANIELLO, «Gli ordini cavallereschi hanno personalità giuridica?», en *Atti del convegno sugli Ordini cavallereschi* (Benevento-Faicchio, 7-9 maggio 1971), Roma 1972, p. 99; sobre la posición jurídica específica de la Orden Constantiniense (aunque sea napolitana) véase en cambio PEZZANA, «Sulla natura giuridica dell'Ordine Costantiniano», en *Rivista Araldica*, 1965, pp. 241 ss.; sobre la cuestión en cambio, de la Orden de San Esteban véase CAPPONI, «Il Sacro Militare Ordine di Santo Stefano Papa e Martire quale ente canonico», en *Quaderni Stefaniani*, 1989, pp. 107-111.

más remota, las cuales permanecen fuera del contexto codificado, y que podrían incluso ser consideradas oropeles en vía de extinción. Pero visto que la Orden de Malta vive un carisma propio, tales elementos de hecho deberían poder ser valorados por lo que son, o sea, emanaciones de aquel carisma que no logra encontrar en el CIC un panorama que no lo desequilibre en su más íntima esencia. A la par, y más, de las otros órdenes caballerescas, la SMOM necesita de un espacio de libertad en el cual vivir su propia doble naturaleza religiosa y caballeresca, en el cual la cruz y la espada no traten la una de sobreponerse a la otra, sino de convivir en un equilibrio que es antes que nada jurídico. En una palabra, la íntima esencia del carisma melitense<sup>8</sup> no puede ser reducida a un modelo jurídico canónico contemporáneo. Movidos por un voluntarismo positivista tendente a insertar forzosamente a la Orden de Malta en su organicidad en la disciplina codificada, se podría dividirla en dos distintas entidades, y se llegaría así a la unión de una orden religiosa, compuesta por los Caballeros Profesos, y de una asociación pública de fieles de derecho pontificio, compuesta por miembros laicos, quedando tal vez fuera de la clasificación los Caballeros *en obediencia*. En tal sentido, a los caballeros no profesos podría ser aplicada por analogía la tradicional disciplina aplicable a los terciarios a los efectos del c. 303 del CIC de 1983. Con todo, tal división lógica es jurídicamente implantable, pues desquiciaría su unidad orgánica y la reduciría simplemente a una orden religiosa a la que le viene concedida el apéndice de los terciarios. De este modo, la «cruz» habría anulado a la «espada» y de la naturaleza caballeresca no habría quedado nada. Se está por tanto obligado a excluir la posibilidad que la Orden sea una unión de dos sujetos jurídicos distintos. Si tal vez otras experiencias caballerescas que hayan llegado hasta nosotros resultan de más inmediata colocación en el ámbito de los límites trazados por el CIC de 1983, la Orden de Malta, por la propia y más profunda naturaleza, parece rechazar cualquier género de categorización canónica codicial, participando de manera particularmente remarcada en la distinción jurídica entre los órdenes caballerescos en el ordenamiento jurídico eclesiástico actual.

8. El adjetivo para calificar lo propio de la Orden de Malta es «melitense» y no «maltés», pues este califica a lo perteneciente a la República de Malta; ambas son dos instituciones distintas y separadas.

## 2. La Orden de Malta como orden religiosa

1. Con todo, el aspecto religioso de la Orden de Malta, en el que de todos modos no agota su naturaleza y al que no es enteramente reducible, presenta especial importancia. Es el mismo artículo 1 párrafo 1 de la Carta Constitucional promulgada el 27 de junio de 1961 reformada por el Capítulo General Extraordinario del 28-30 de junio de 1997 el que define la SMOM como «Orden religiosa laical». Tal naturaleza, aclarada satisfactoriamente a partir de los acontecimientos de la famosa sentencia cardenalicia del 24 de enero de 1953 y de la sucesiva doctrina<sup>9</sup>, es proclamada y regulada por la misma Carta Constitucional y por el Código, donde existe una articulada disciplina para los miembros del primer *coetus*, es decir, los Caballeros que emiten los tres votos monásticos, y para el segundo *coetus*, que emiten sólo la promesa de obediencia<sup>10</sup>. No es nuestro interés analizar ahora la disciplina de la Orden bajo un perfil re-

9. Tal hecho es particularmente significativo para la evolución de las relaciones entre la Orden y la Santa Sede. La sentencia fue dada como consecuencia de la pretensión, por parte de la Congregación para los religiosos, de controlar e investigar a la SMOM como una común orden religiosa. El entonces Gran Maestro Fray Chigi Albani, y después de su muerte el Lugarteniente Interino Fava Simonetti, valiéndose de antiguas prerrogativas pontificias nunca derogadas, sometió la cuestión al Papa Pío XII, quien el 10 de diciembre 1951 erigió *ad hoc* un tribunal cardenalicio para determinar la naturaleza de las cualidades de Orden religiosa y de Orden soberana de la SMOM. Tal tribunal dictó una sentencia el 24 de enero de 1953. La Orden, el 12 de marzo, envió dos cartas, una dirigida al Santo Padre como homenaje de devoto y filial aniversario por su ascensión al Solio Pontificio, la otra dirigida a la Secretaría de Estado, con la que se daba una interpretación de la sentencia que remarcaba la dualidad de Orden religiosa y ente soberano de la SMOM. La Secretaría de Estado tomó nota del documento interpretativo. A todo esto siguió un hacendoso trabajo de la doctrina que, sobre la base de los documentos citados, determinó el *status* jurídico de la Orden como hoy se configura. La sentencia fue publicada en: *Il Diritto Ecclesiastico*, 1953, II, pp. 307 ss. Para la nota interpretativa enviada por la Orden a la Santa Sede y la sucesiva nota de la Secretaría de Estado cfr. LENER, «Natura e prerogative del Sovrano Militare Ordine Gerolimitano di Malta», en *Civiltà Cattolica*, 1954, IV, pp. 745-748, en particular nota 4. Para un cuadro global de la cuestión véase la crónica detallada en ZEININGER DE BORJA, «L'Ordre de Saint Jean et ses affiliés», en *Il Diritto Ecclesiastico*, 1954, pp. 338 ss., y sobre todo BONI, *Civiltà giuridica e tutela delle specificità: il trattamento riconosciuto al Sovrano Militare Ordine di Malta*, Florencia 1994, pp. 7-13; para un cuadro de la doctrina sucesiva *ibidem*, pp. 13-22, donde se anota y resumen en particular las posiciones de d'Avack, Antonio Scialoja, Sperduti, Ballardore-pallieri, Bernardini, Cansacchi, Gazzoni y Lener.

10. Sobre la cuestión véase PAPANTI-PELLETIER, «L'ordinamento giuridico melitense dopo il capitolo generale del 1997: prime riflessioni», en *Il Diritto Ecclesiastico*, 1999, II, pp. 545-556, donde el autor, al comparar la Carta Constitucional y el Código reformados con los precedentes, subraya el acentuarse de la autonomía de la orden respecto a la Santa Sede, describiendo con detalle y con abundancia de detalles los institutos síntomas de tales tendencias y los propios cambios.

ligioso, ni remarcar las derogaciones al derecho canónico y los privilegios adquiridos y mantenidos a lo largo de los siglos; sin embargo nos interesa subrayar cómo es la misma Carta Constitucional la que afirma la posición de la Orden en relación a la problemática jurídica internacional, en particular por cuanto refiere a la Santa Sede. El artículo 3, titulado «soberanía», párrafo 1, recita de hecho: «La Orden es sujeto de derecho internacional y ejercita las funciones soberanas». A complemento de lo cual, inmediatamente después de la proclamación de la soberanía, ha sido insertada una articulada disciplina de relación con la Sede Apostólica, contenida en el artículo 4. En el primer párrafo se afirma con claridad, no obstante la proclamación de soberanía del artículo precedente, que «la Orden es persona jurídica reconocida por la Santa Sede». Con tal declaración, la Orden, que se ha apenas declarado sujeto soberano de derecho internacional, se coloca dentro del orden jurídico eclesial. Con todo, y visto cuanto apenas dicho, no lo hace colocándose en una categoría canónica precisa, sino atribuyéndose una posición peculiar y única.

2. El segundo párrafo especifica enseguida que, aún en el contexto eclesiástico, «las personas religiosas, en virtud de los propios Votos, así como los miembros del segundo *coetus* con la Promesa de Obediencia, están subordinados solamente a los propios superiores en la Orden», sancionado así una especie de autorreferencialidad jurídica. Continúa el mismo párrafo: «en el respeto del Código de Derecho Canónico, las Iglesias y los institutos conventuales de la Orden están exentos de la jurisdicción de las diócesis, dependiendo directamente de la Santa Sede». Y agrega un tercer párrafo: «en la disciplina de las relaciones valen los derechos adquiridos, las costumbres y los privilegios concedidos a la Orden por los Sumos Pontífices y no expresamente derogados».

En suma, si bien la Orden participa en la naturaleza religiosa propia de las órdenes religiosas dependientes de la autoridad eclesiástica, lo hace de manera del todo peculiar, gozando de una autonomía casi única en el panorama eclesiástico, y limitando los influjos de esta naturaleza suya a los miembros que hayan emitido los votos. Para sumarse a los elementos que sugieren una ambivalencia y una ausencia de los límites tradicionales en el campo del mundo jurídico eclesiástico, están los párrafos 4 y 5. El primero es relativo al representante del Sumo Pontífice ante la Orden, el *Cardinalis Patronus*, dotado de «especiales facultades»,

a quien le es reconocido *status* de representante del Sumo Pontífice ante la Orden «según las normas del derecho internacional». A fin de cuentas, si por un lado la figura del *Cardinalis Patronus* sugeriría una colocación de la SMOM dentro del orden eclesial, la presencia de una representación diplomática ante la Santa Sede confirma en cambio, también por parte de la Sede Apostólica, un reconocimiento de la independencia de la Orden, al menos, en el plano internacional.

### 3. *La Orden de Malta como «genus» en sí misma*

1. Vista entonces la difícil colocación de la SMOM en el orden jurídico eclesial, que aparece decididamente consolidada en su ser, viene a cuestionarse si resulta provechoso, también desde un punto de vista jurídico, seguir arriesgando categorizaciones canónicas de la Orden utilizando los criterios de las asociaciones sugeridas por el CIC de 1983, cuando ocurre que la SMOM vive de una radicación en la historia tan profunda que resulta difícilmente comprendida por las «lentes» de la sociedad contemporánea, y por lo tanto, tal vez, también por la codificación canónica. Aún, a consecuencia de esto, nos preguntamos hasta qué punto se pueden dar o no atributos internacionales a la Orden de Malta sin tener en consideración cuanto la SMOM ha sido y continúa siendo inmutablemente desde hace novecientos años. En otras palabras, ¿es realmente necesario reconducir de manera tal vez un poco servil la clasificación de la Orden a los criterios de la moderna codificación eclesiástica e internacionalista, cuando la Orden formaba ya parte de la conciencia internacional y de la esfera eclesiástica antes todavía de que tales criterios fueran elaborados?<sup>11</sup>.

2. En virtud de lo expuesto, queremos aquí proponer una visión histórica, que tenga en la debida consideración, aunque sea brevemente, el hecho de que el sujeto Orden de Malta ha atravesado la historia, y con ella los sistemas jurídicos que la han acompañado. Pero en su tortuoso

11. Sintomático en este sentido lo dicho por el Sumo Pontífice Pío XII y citado por BASCAPÈ, *Gli Ordini cavallereschi in Italia*, Milano 1972, p. 138: «Molto prima che le Nazioni fossero giunte a stabilire un diritto internazionale l'Ordine di San Giovanni aveva riunito, in una fraternita religiosa e sotto una disciplina militare, uomini di otto lingue diverse, votati alla difesa dei valori spirituali che costituiscono l'appannaggio comune della Cristianità: la fede, la giustizia, l'ordine sociale e la pace».

viaje, no ha abandonado nunca su originaria conformación, que nace de desarrollos en los confines del orden jurídico medieval<sup>12</sup>. Es en efecto en ese sistema universal medieval donde nace la Orden, y es en el mismo sistema donde madura la propia naturaleza. Naturaleza que la ve desde sus primeros decenios de vida empeñada en dos específicas actividades: la asistencia a los enfermos y a los peregrinos necesitados, y, después, el primer desarrollo, las campañas militares, especialmente marítimas. Eran a fin de cuentas dos actividades no estrechamente religiosas, actividades que en la época moderna son prácticamente exclusivas de los Estados, pero que en el orgánico sistema medieval eran asignadas a sujetos que hoy definiríamos privados. Por tanto, a pesar de que la conformación jurídica que la Orden asume sea la de una orden religiosa, aparece inmediatamente clara la relevancia del derecho civil del cual la Orden está revestida. Relevancia que será todavía más clara, cuando pocos años después a la Orden será dado el gobierno de la isla de Chipre, y definitivamente consolidada cuando el Emperador Carlos V conceda a la Orden de Malta el feudo perpetuo, noble y franco de la isla de Malta<sup>13</sup>. En definitiva, a tal sujeto, en su forma religioso-caballeresca típicamente medieval, vienen a ser atribuidas en el correr de los siglos competencias que pertenecen a la espada material, dándole en tal modo un valor y una valencia de derecho público; y conformándolo en una época en la que los Estados nacionales no existían como entes soberanos dentro del orden jurídico medieval<sup>14</sup>.

Por cuanto se refiere en cambio a la originalidad, no puede limitarse el tema a una aplicación de las teorías contemporáneas sobre el nacimiento y los elementos determinantes del Estado. En la época en la que nació la Orden de Malta, no existían Estados absolutos o autónomos. El sistema medieval estaba encarnado en la teoría de las dos espadas, o la inocenciana de los dos siglos, por lo cual cada ente soberano obtenía la propia legitimidad de la autoridad religiosa, y el Papado y el Imperio no eran otra cosa que los dos contrayentes de un «místico ma-

12. Sobre tal concepto véase por ejemplo GROSSI, *L'Ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2000 (1995), pp. 5 ss. Sobre la unidad de la sociedad religiosa y civil en la época medieval dentro del orden jurídico véase SPINELLI, *Lo Stato e la Chiesa/venti secoli di relazioni*, Torino 1987, p. 22.

13. Cfr. Para la cuestión maltesa, MONTERISI, *o. c.*, vol. II, pp. 12-13.

14. Cfr. *ibidem*, p. 21.

trimonio»<sup>15</sup> que configuraba la época en cuestión como la edad «*foederis perfecti*»<sup>16</sup>.

3. Por tanto cada sujeto jurídico, también soberano, de la Cristiandad estaba de algún modo sujeto a una *potestas* externa, la de la Iglesia, incluso en el total respeto de la «*discretio officiorum utriusque potestatis*», o sea, no en la tentativa de sustituir al Emperador con el Papa, sino reivindicando para el Papa el poder de actuar sobre la conciencia ética del Príncipe<sup>17</sup>. En tal sentido, los Emperadores de los siglos XIII y XIV ¿no gozaban de soberanía y de subjetividad de derecho internacional (*mutatis mutandis*...) solo por la presencia de una *potestas*, *directa* o *indirecta*, de la Iglesia sobre ella en materia ética y religiosa? Es ciertamente muy difícil a los ojos de un hombre contemporáneo comprender a fondo la lógica y la organicidad del sistema medieval<sup>18</sup>, pero éste, en su impulso para reconducir *ad unum*, tenía como vértice ideal el Emperador, legitimado y controlado por la autoridad religiosa y moral del Papa. Sobre tal vértice se articulaba una pirámide lógicamente unitaria de sujetos jurídicos que eran tales por la propia posición dentro de tal pirámide. Y la Orden de Malta era uno de estos sujetos.

4. El orden jurídico medieval viene a disolverse por el nacimiento y el desarrollo de los Estados nacionales y el impulso particular, en el cual el Estado sigue su natural vocación a la transformación absolutista, desvinculada de cualquier vínculo externo, no reducible al Estado mismo<sup>19</sup>. En este contexto la Iglesia pierde lentamente el propio rol de control, de «check» externo en relación al Estado; nace la modernidad política. Aún así este proceso no llega a todas las latitudes en el mismo momento. En efecto, si en Francia esto sucederá precozmente a partir del reinado de Felipe el Hermoso en el 1300, en Inglaterra logrará su máxima expresión en el 1500 con el nacimiento de la Iglesia anglicana, y en otros lugares, como en la fragmentada Italia, al Estado le será más difícil

15. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale - il basso Medioevo*, Roma 1996, p. 229.

16. Cfr. OTTAVIANI, *Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici*, vol. II *Ecclesia et Satus*, Città del Vaticano 1960, pp. 101-103.

17. BELLINI, *La coscienza del principe - prospettazione ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, Torino 2000, I, p. 600.

18. Sería sobre todo innecesario aquel «lavacro interiore» del que habla GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 10.

19. Cfr. por ejemplo DOLCINI, *Crisi di poteri e politologia in crisi*, Bologna 1988, pp. 223-241.

consolidarse y liberarse del control externo de la Iglesia. En este panorama, la Orden de Malta no participará nunca en dicha disolución. Permanece siempre fiel a su vocación originaria, no abandonará nunca la propia inicial conformación dualista articulada sobre ambas potestades, religiosa y temporal. No nacerá por tanto el Estado moderno en Malta, ni la Iglesia dejará de actuar como controladora en relación a la Orden. El modelo medieval nunca dejará de informar las relaciones entre la Orden Soberana de Malta y la Santa Sede, en su orden eclesiológico, en el cual se ubica el fundamento religioso que legitima el poder secular<sup>20</sup>. Será sólo Bonaparte, en un acontecimiento que no guarda trechos oscuros, el que privará a la SMOM del propio dominio temporal, sin anular, con todo, la legitimidad de la soberanía<sup>21</sup>. Ésta quedará inalterada también en ausencia de un territorio que gobernar<sup>22</sup>, y a partir del singular gran maestrazgo del Zar de Rusia resurgirá lentamente y consolidadamente con todas sus propias peculiaridades<sup>23</sup>: antes que nada, la nunca abandonada independencia<sup>24</sup>.

5. La disposición de la Orden de Malta es, por lo tanto, correspondiente a la situación descrita: sujeto de derecho internacional reconocido por decenas de Estados y de lejana memoria; sin haber participado en la disolución del orden jurídico medieval, sigue permaneciendo sujeta en la materia religiosa a la potestad eclesiástica, de un modo particularmente riguroso, vista su naturaleza de orden religiosa limitada a los miembros profesos, sin que haya jamás abandonado sus propias prerrogativas de soberanía. En definitiva, para seguir un impulso categorizador se debería decir que la Orden de Malta constituye un *genus* en sí mismo, se configura en definitiva como un modelo híbrido de una entidad soberana medieval, con todo cuanto ello comporta, y de una orden religiosa caballeresca, dotada, de todos modos, para llegar a la con-

20. En este sentido resulta sintomático la nunca cambiada relación dialéctica, y no siempre pacífica, con la jerarquía eclesiástica, que refleja las tensiones en la base del difícil equilibrio entre la esfera religiosa y la esfera secular de la naturaleza más profunda de la Orden. Cfr. por ejemplo MONTERISI, *o. c.*, vol. II, pp. 157-158, 167-168, 188-189.

21. Sobre la Orden de Malta después de la caída de la Isla de Malta véase DE PIERREDON, *Histoire politique de l'Ordre Souverain des Hospitalaires, depuis la chute de Malte jusqu'à nos jours*, Paris, I, 1956, II, 1963.

22. Cfr. de todos modos MONTERISI, *o. c.*, vol. II, pp. 231 ss.

23. Sobre todas estas vicisitudes y las sucesivas, véase también MONTERISI, *o. c.*, cit., vol. II, pp. 220 ss.

24. Cfr. GAZZONI, *Ordine di Malta*, cit., p. 3, en particular n. 17.

clusión, de una independencia en materia temporal suficiente para permitirle ejercitar en todos los aspectos la potestad propia de un sujeto de derecho internacional contemporáneo.

Aspecto este último que se estudia a continuación.

## II. LA SOBERANA MILITAR ORDEN DE MALTA EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL (por Pablo José Sandonato de León)

1. A fin de poder arribar a una explicación satisfactoria sobre la efectiva o pretendidamente efectiva subjetividad internacional de la SMOM, se nos impone, como premisa metodológica básica, la previa caracterización genérica del fenómeno, para luego derivar de ella una conclusión<sup>25</sup>. Por cuanto refiere en cambio al método específico del Derecho Internacional Público y en especial en lo referido a la SMOM, el precedente se asocia al interdisciplinario<sup>26</sup>, pues como afirma el ilustre profesor Riccardo Monaco: «la lunga storia dell'Ordine di Malta mostra infatti che esso si è venuto costituendo attraverso un complesso processo storico, cossiché non si può prescindere dalle radici storiche che sono le premesse medesime della sua attuale fisionomia. Mi sembra perciò che un'indagine del genere non possa avere carattere del tutto formale, cioè tecnico-giuridico, ma debba invece collegarsi al substrato sociale morale che, attraverso i secoli, ha costituito il fondamento dell'ente»<sup>27</sup>. Es por ello que junto a los argumentos de naturaleza técnico-jurídica se presentarán y considerarán otros, de naturaleza histórica principalmente, determinantes a la hora de comprender el fenómeno melitense.

2. A la luz de todo cuanto expuesto, la presente parte del estudio se subdivide en dos secciones. La primera, general, que sumariamente, explica, enuncia, caracteriza y sistematiza el fenómeno de la subjetividad internacional. La segunda, especial, donde se estudiará la posesión o no de los caracteres de la subjetividad internacional por parte de la SMOM.

25. Resulta evidente, pues, la vertiente deductiva del método. Vid. POPPER, *The Poverty of Historicism*, Londres 1961.

26. Vid. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid 1999; en igual sentido, pero referido a la SMOM: MONACO, «Osservazioni sulla condizione giuridica internazionale dell'Ordine di Malta», en *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano 1981.

27. MONACO, *o. c.*, p. 14.

Éste, creemos, constituye el método científicamente más puro para poder arribar a una respuesta jurídicamente justa.

### 1. *La subjetividad internacional, sus elementos y su tipología*

1. Como aproximación inicial corresponde trazar una marcada línea de diferencia entre la calidad de sujeto de las relaciones internacionales y la de sujeto del Derecho Internacional Público. Para explicar la posesión de la primera —sujeto de las relaciones internacionales— se suele recurrir a la expresión «actor», bastando a este efecto la participación de forma más o menos regular en el plano político internacional. Se ubican así en esta esfera los Estados y las Organizaciones Internacionales intergubernamentales<sup>28</sup>, pero también los grupos de opinión y las empresas transnacionales, estas dos últimas fuera del ámbito del Derecho Internacional Público. Por cuanto se refiere a la SMOM, ésta tiene activa presencia en centros diplomáticos multilaterales (como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *inter alia*), pero también en organizaciones no gubernamentales. Se prueba así la subjetividad «política»<sup>29</sup> internacional. Sin embargo, por ser el nuestro un estudio de carácter jurídico, evitaremos entrar en el análisis de consideraciones referentes al plano de las relaciones internacionales (es decir, la función y actividad de la SMOM en las relaciones internacionales).

No debe dejar de considerarse, por último, el hecho de que aunque la subjetividad política internacional no comporta la subjetividad jurídica internacional (los grupos de opinión siendo actores en las relaciones internacionales, no son sujetos de Derecho Internacional Público, como ya se ha dicho), ésta si comporta la precedente (es decir, que todos los sujetos del Derecho Internacional Público serán por ello actores en las relaciones internacionales). *A fortiori*, de comprobarse la personalidad jurídica internacional de la SMOM, se probará y justificará la subjetividad «política» internacional.

28. En el futuro utilizaremos la expresión «Organizaciones Internacionales» como sinónimo de Organizaciones Internacionales intergubernamentales.

29. Entiéndase la política en el sentido del instrumento para la consecución del bien común.

### A. *La subjetividad de Derecho Internacional Público*

2. Teniendo presente el plan metodológico trazado, iniciaremos nuestro recorrido por el concepto de subjetividad jurídica internacional para luego entrar en el fondo del asunto. En línea de principio, puede afirmarse que ésta consiste en la *cualidad de una determinada institución social efectivamente independiente de ser titular de derechos y las correspondientes obligaciones y deberes en el plano jurídico internacional*.

Es una cualidad, es decir, una situación jurídica subjetiva a la que se llega por la posesión de determinados requisitos o condicionantes (que se verán más adelante), poseídos por una institución social, es decir, un ente dotado de organización e integrado por personas o la manifestación política de su organización. La independencia constituye la nota determinante de esta institución. Ésta consiste, por un lado, en la situación de hecho por la que el ente se encuentra en grado de actuar sin ningún tipo de condicionamiento externo (*independencia* propiamente tal), y por otro, en la situación de hecho del mismo ente de poder dictarse normas de conducta a sí mismo (es el poder de autonormarse, o *autonomía*), siendo hábil para crear el propio ordenamiento jurídico. Ordenamiento jurídico éste que, al ser de fuente autónoma (es decir creado por sí y para sí mismo) e independiente (nacer y permanecer libre de todo condicionamiento externo), será *originario* (es decir, que halla su fuente última de validez en sí mismo). Por último, y al igual que en la teoría general del Derecho, es consecuencia de la personalidad internacional el goce de determinados derechos y la determinación de cumplir con las correspondientes obligaciones y deberes.

En el desarrollo del presente estudio, nos preguntaremos sobre la existencia de esta soberanía (independencia y autonomía) en la SMOM.

3. De igual manera que en el plano nacional la persona humana constituye el sujeto de derecho por antonomasia, en el Derecho Internacional Público este primado lo ocupa el Estado, sobre cuya subjetividad internacional la más dispar doctrina concuerda pacíficamente<sup>30</sup>. Pe-

30. Vid. *inter alios*: ACCIOLY, *Tratado de Derecho Internacional*, Río de Janeiro 1946; ANTKOLETZ, *Tratado teórico y práctico de Derecho Diplomático y Consular*, Buenos Aires 1948; ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti di Diritto Internazionale*, Milano 1951; BALLARDORE-PALLIERI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Milano 1962; BELLO, *Principios de Derecho de Gentes*,

ro la tipología jurídica no se agota en el Estado; ésta es también atribuida a las Organizaciones Internacionales, con la diferencia de que estas últimas la gozan *ad hoc*, es decir, para un dado cometido<sup>31</sup>, superado el cual la persona actúa fuera de sus competencias<sup>32</sup>. A este punto podría decirse, en línea de máxima, que la persona humana o física es al derecho nacional lo que el Estado al Derecho Internacional, y que la persona jurídica o moral es al derecho nacional lo que las Organizaciones Internacionales al Derecho Internacional.

Es necesario todavía resaltar que la calidad de sujeto de Derecho Internacional Público comporta atributos propios (los caracteres, que se mencionan en el subtítulo siguiente). De igual manera, mientras en el plano nacional se distingue la titularidad de los derechos (capacidad de goce) de la habilitación al ejercicio de los mismos (capacidad de ejercicio), en el plano internacional la subjetividad comporta la capacidad de goce y ejercicio (*locus o ius standi*).

Madrid-Lima 1844; CAHIER, *Derecho Diplomático Contemporáneo*, Madrid 1965; CASSESE, *Diritto Internazionale*, Bologna 2003; CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli 2002; Díez DE VELASCO, o. c.; ERICE y O'SHEA, *Derecho Diplomático*, Madrid 1954; FAUCHILLE, *Traité de Droit International Public*, vol. I, París 1926; FEDOZZI, *Corso di Diritto Internazionale*, Padova 1931; FEDOZZI, *Introduzione al Diritto Internazionale*, Padova 1939; GIULIANO - SCOVAZZI - TREVES, *Diritto Internazionale*, Milano 1991; HURST, «Les Immunités Diplomatiques», en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, t. 12, año 1927, vol. II, París 1927; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA - ARBUET - GAMIO et alii, *Derecho Internacional Público*, t. II, Montevideo 1992; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid 1980; LE FUR, *Précis de Droit International Public*, París 1939; F. VON LISZT, *Derecho Internacional Público*, Barcelona 1929; MARESCA, *La Missione Diplomatica*, Milano 1959; MONACO, *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico e Privato*, Torino 1949; MONACO, *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, Torino 1971; MORELLI, *Nozioni di Diritto Internazionale*, Padova 1967; OPPENHEIM, *Tratado de Derecho Internacional Publico*, t. I, vol. II. Barcelona 1961; OTTOLENGHI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Torino 1953; PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales*, Madrid 1999; PERASSI, *Lezioni di Diritto Internazionale, parte prima*, Padova 1961; PÉREZ GOMAR, *Curso Elemental de Derecho de Gentes precedido de una introducción sobre el Derecho Natural*, Montevideo 1864; PODESTA COSTA, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires 1979; PRADIER-FODÉRE, *Traité de Droit International Public*, París 1887; PRADIER-FODÉRE, *Cours de Droit Diplomatique*, París 1900; QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Napoli 1968; R. BROTONS et alii, *Derecho Internacional*, Madrid 1997; ROUSSEAU, *Droit International Public*, París 1979; SAPIENZA, *Diritto Internazionale, Casi e materiali*, Torino 2002; SATOW, *A guide to diplomatique practice*, 1932; SCELLE, *Cours de Droit International Publique*, París 1948; SPERDUTI, «Sulla soggettività internazionale», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1972; ULLOA, *Derecho Internacional Público*, Madrid 1957; VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, Madrid 1957.

31. ICJ Report 1949: «Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas».

32. La llamada Teoría del *Ultra Vires*.

4. Mas allá de la importancia que se dé al carácter constitutivo o declarativo del reconocimiento<sup>33</sup>, constituye doctrina y jurisprudencia<sup>34</sup> firme que *una institución debe reunir ciertos «requisitos» o en ella deben verificarse una serie mínima de «aptitudes»* para ser sujeto de Derecho Internacional Público. Dichos requisitos son generalmente enunciados bajo tres formas latinas: el *ius repraesentationis*<sup>35</sup>, el *ius tractatum* y el *ius o locus standi*.

El razonado lector habrá ya percibido la incompatibilidad de un elemento para ser *requisito* o para ser *aptitud*. Pero distinta es la situación de los diversos sujetos respecto del Derecho Internacional Público y, por tanto, diversa la función que estos elementos cumplen en relación a los mismos. A nuestro entender, respecto de la forma Estado y de la forma Organización Internacional estos elementos constituyen *aptitudes*, pues los mismos se verifican causalmente por el hecho de ser sujeto internacional. En otras palabras, se posee el derecho de celebrar tratados por ser sujeto de Derecho Internacional Público, y no viceversa. En el caso, ontológicamente distinto, de los otros sujetos del Derecho Internacional Público (la comunidad beligerante y los movimientos de liberación nacional entre otros), los tres elementos precedentemente enunciados (el *ius repraesentationis*, el *ius tractatum* y el *locus standi*) vienen a verificarse previamente a la comprobación de la calidad de sujeto internacional, pues a la efectiva existencia y libre ejercicio de los mismos apuntará la comunidad internacional para determinar la posesión o no de la calidad de sujeto internacional. Es decir, que respecto de sujetos diversos del Estado y de las Organizaciones Internacionales, estos elementos vienen a verificarse como determinantes para comprobar la posesión de la subjetividad internacional. Es decir, como *requisitos*.

5. Entendida y adoptada esta distinción (los tres atributos de la subjetividad internacional como requisitos o aptitudes), vayamos al estudio de la forma más tradicional de sujeto de Derecho Internacional Público. Estos *atributos* han sido evidenciados desde siempre bajo la forma del Estado nacional, sujeto clásico del Derecho Internacional Público.

33. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El Reconocimiento de Gobiernos*, Montevideo 1947.

34. Vid. art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

35. Aunque se suele emplear también la expresión: *ius legationis*, esta nos parece un tanto limitativa a la calidad de la misión, por lo cual preferimos la expresión utilizada *supra*.

Por otra parte, la doctrina constitucionalista al estudiar la teoría del Estado reconoce que la formación de un Estado se verifica al existir conjuntamente otros tres requisitos, que son: la población, el territorio y el poder jurídico. En otras palabras, cuando una población medianamente organizada se asiente en un territorio medianamente determinado y ejerza sobre éste un cierto dominio, se podrá hablar del surgimiento de un Estado. Ahora bien, la organización que ejerza de manera exclusiva (es decir, solamente ella) y excluyente (nadie más que ella) el dominio eficaz sobre su población y territorio, adquirirá el carácter soberano y, con él, la subjetividad internacional. Es esta subjetividad internacional la que, bajo la forma jurídica estatal, conlleva la presencia de ciertas aptitudes (*ius repraesentationis*, *tractatum* y *standi*). En otras palabras, por reconocérsele a dicha entidad la subjetividad internacional, la misma goza del derecho de enviar y recibir embajadas, de celebrar acuerdos regidos por el Derecho Internacional Público y de solucionar sus controversias por medios jurisdiccionales.

Pero, como se sabe, el Estado no constituye la forma jurídica exclusiva del Derecho Internacional Público. Considerándose el fundamento que se quiera, se admite de forma igualmente pacífica la subjetividad internacional de las Organizaciones Internacionales. En este caso, en cambio, la personalidad internacional constituye una atribución y no una declaración. Al constituirse la Organización Internacional (sea por dos o más Estados, o por Organizaciones Internacionales) el órgano naciente puede adquirir la subjetividad internacional por dos vías: una, por mención expresa en el documento constitutivo<sup>36</sup>; otra: por considerarse la necesaria para el desempeño de su objeto<sup>37</sup>. En este caso, la posesión de los atributos de la personalidad internacional vienen a verificarse *ex post*, es decir, que por reconocérsele a la Organización Internacional el carácter de sujeto del Derecho Internacional Público, la misma goza del derecho de enviar representaciones permanentes ante otros sujetos y de recíprocamente recibirlos, de celebrar tratados y el *locus standi*.

Por cuanto se refiere a los Estados y a las Organizaciones Internacionales, pues, la subjetividad internacional es cosa juzgada<sup>38</sup>.

36. Caso del Mercado Común del Sur (Mercosur), *inter alia*.

37. Caso de la Organización de las Naciones Unidas, *inter alia*.

38. Entre otros, DÍEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid 1999.

Existen, en cambio otras instituciones respecto de las cuales la cosa no está tan clara en materia doctrinal, como los movimientos de liberación nacional, los movimientos insurgentes, la comunidad beligerante, los pueblos, el individuo y, evidentemente<sup>39</sup>, la SMOM en la que nos centramos.

### B. *La subjetividad internacional (continúa): tipologías*

6. Hemos tratado de presentar los atributos de la subjetividad internacional en sus diversas manifestaciones (requisitos o aptitudes). A continuación se nos presenta el tema de la ordenación teórica de los mismos. Ordenación teórica que nos permitirá una mejor comprensión del fenómeno objeto de estudio.

Visto que el dominio territorial constituye un aspecto determinante en este tema hemos creído conveniente realizar la sistematización de los sujetos del Derecho Internacional Público en base a este criterio, es decir, clasificándolos según posean o no dominio territorial<sup>40</sup>. Esto, creemos y repetimos, arroja certera luz sobre el tema. Sean los siguientes sujetos de Derecho Internacional Público, *a priori*<sup>41</sup> considerados tales: el Estado, las Organizaciones Internacionales, los Beligerantes, los Movimientos de Liberación Nacional, los Movimientos Insurgentes, y los Pueblos, la Santa Sede<sup>42</sup>, y el Individuo<sup>43</sup>. En el momento actual, pues, la situación sería: la existencia de dos tipos de sujetos de Derecho Internacional Público, los territoriales y los no territoriales. Ni la comunidad internacional ni la doctrina, por cuanto se tenga noticia, discuten la subjetividad internacional de sujetos que ejercen dominio territorial (como los Estados) ni de sujetos que no lo ejercen (como las Organizaciones Internacionales), ambos son y, por tanto, a ambos habrá de reconocérseles,

39. Evidente por el objeto de ese estudio, no porque lo sea *per se*.

40. En igual sentido MARESCA, *Il Diritto dei Trattati, la Convezione Codificatrice di Vienna del 23 maggio 1969*, Milano 1971, p. 26.

41. La limitación material del tema nos impone recurrir al hecho dado sin poder entrar en la consideración singular de cada entidad.

42. Respecto de la Santa Sede se tiene por cierto el dato que constituye una entidad soberana no territorial con soberanía sobre el Estado de la Ciudad del Vaticano.

43. La situación del Individuo es de las más controvertidas en Derecho Internacional Público, perfilándose hacia la subjetividad, pero de ninguna manera con dominio territorial.

la subjetividad internacional al igual que los derechos y obligaciones conexos a dicha calidad.

Corresponde a continuación estudiar la situación de la Soberana Militar Orden de Malta.

## 2. *La subjetividad Internacional de la Soberana Militar Orden de Malta*<sup>44</sup>

### A. *Planteamiento del tema*

1. Desde tiempos inmemoriales la Comunidad Internacional ha reconocido la calidad de sujeto de Derecho Internacional Público de la

44. Sobre la subjetividad de la Orden de Malta en general y en particular, véase: BARRERA, «Note sulle immunità spettanti alla rappresentanza diplomatica presso la S. Sede del S. M. Ordine di Malta», en *Il Diritto Ecclesiastico*, II, 1952; BERNARDINI, «Ordine di Malta e diritto internazionale», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1974; BÉAT DE FISCHER, «L'Ordre Souverain et Militaire de Malte», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, II, 1979; BELLINI, «Il principio generale sull'effettività nell'ordinamento internazionale», en *Annali di diritto comparato e di studi legali*, (XXCII), 1951; BETTETINI, «Note minime in tema di soggettività internazionale dell'Associazione dei Cavalieri Italiani del Sovrano Militare Ordine di Malta», en *Il Diritto Ecclesiastico*, II, 2000; BONI, «Civiltà giuridica e tutela delle specificità: il trattamento riconosciuto al Sovrano Militare Ordine di Malta», en *Seminario di storia delle istituzioni religiose e relazioni tra Stato e Chiesa*, Reprint Series, n. 15, Florencia 1994; BREYCHA-VAUTHIER - POTULICKI, «The Order of St. John in International Law. A forerunner of the Red Cross», en *American Journal of International Law*, 1954; CANSACCHI, «La personalità di diritto internazionale del S. M. O. Gerosolimiano detto di Malta», en *Il Diritto Ecclesiastico*, 1936; CANSACCHI, «Il diritto di legazione attivo e passivo dell'Ordine di Malta», en *Diritto Internazionale*, 1940; CANSACCHI, «I rapporti diplomatici fra l'Ordine di Malta e la Santa Sede», en *Il Diritto Ecclesiastico*, I, 1941; CANSACCHI, «Lo "status" dell'Ordine di Malta sul fondamento della sentenza cardinalizia del 24 gennaio 1953», en *Il Diritto Ecclesiastico*, 1953; CANSACCHI, «L'immunità giurisdizionale dell'Ordine di Malta», en *Giurisprudenza Italiana*, I, c. 462, 1954; CANSACCHI, «La soggettività internazionale dell'Ordine di Malta in una recente sentenza ecclesiastica», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1955; CANSACCHI, «Il fondamento giuridico della soggettività internazionale del Sovrano Militare Ordine Militare di Malta», en *Giurisprudenza Italiana*, I, 2, c. 739, 1955; CANSACCHI, «L'Ordine di Malta e l'ordinamento giuridico melitense», en *Foro Italiano*, I, 1578, 1964; CANSACCHI, «La sovranità internazionale dell'Ordine di Malta», en *Relazioni Internazionali*, n. 9, 1975; CANSACCHI, «L'Ordine di Malta come soggetto primario di diritto internazionale», en *Studi in Memoria di Gian Carlo Venturini*, Milano 1984; CONFORTI, «Sui privilegi e le immunità dell'Ordine di Malta», en *Foro Italiano*, I, 2595, 1990; CONFORTI, «Giustizia italiana per l'Ordine di Malta?», en *Corriere Giuridico*, 1992; D'AVACK, «La figura giuridica dell'Ordine di Malta sulla base del recente giudicato pontificio e le sue conseguenze nel campo del diritto», en *The international and comparative law quarterly*, 1954; D'OLIVIER FARRAN, «The sovereign Order of Malta: a supplementary no-

Soberana Militar Orden de Malta. La afirmación que antecede constituye un dato histórico y presente, pero, no obstante la tentación, no hemos de caer en una simple explicación de tipo justificativa (es decir, que la SMOM es sujeto de Derecho Internacional Público porque desde siempre se la considera tal, o al menos, durante mucho tiempo se la consideró así), pues *justificar* la personalidad internacional de la SMOM por el hecho de ser tal constituye no sólo una tautología jurídica sino, y es más peligroso, explicar el Derecho por los hechos (*ius quia iussum*).

En aplicación del método que nos hemos propuesto, a continuación se estudia el concepto de «soberanía» como existente o no en la SMOM a la luz de las particularidades propias de la institución (particularidades de tipo histórico, sociológico, políticas y axiológicas. Las de tipo religioso-canónico se mencionan solamente en la medida de su necesidad, pues ya fueron objeto de estudio detallado). Es sólo a través de este método que se logrará una respuesta fundada en el Derecho, reconociendo o no la calidad de sujeto de Derecho Internacional Público según la misma se adapte o deje de hacerlo a las prescripciones de tal calidad, es decir un *ius quia iustum*.

### B. *El ordenamiento jurídico melitense (carácter autónomo de la soberanía)*

2. Constituida por personas que guardan entre ellas una comunión de creencias y valores y por un lazo de afinidad espiritual, la SMOM constituye claramente un cuerpo social. Este cuerpo cuenta con

te», en *The international and comparative law quarterly*, 1955; DE BORJA, «Contribution à l'histoire de l'Hospital de St. Jean à Jérusalem», en *Rivista Araldica*, Roma 1952; GAZZONI, «Fini e conformazione dell'Ordine di Malta», en *Giustizia Civile*, I, 396-397, 1992; GAZZONI, «Ancora sui rapporti tra Ordine di Malta e servizio sanitario nazionale», en *Giustizia Civile*, p. II, t. II, 1992; GAZZONI, «L'Ordine di Malta, ente primario di Diritto Internazionale senza territorio», en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata*, 1976; LENER, «Natura e prerogative del Sovrano Militare Ordine Gerosolimitano di Malta», en *Civiltà Cattolica*, IV, 1954; MARESCA, *Teoria e tecnica del Diritto Diplomatico. Introduzione alla diplomazia*, Milano 1986; MONACO, *o. c.*; PACELLI, «Circa il Sovrano Militare Ordine Gerosolimitano di Malta», en *Diritto Ecclesiastico*, II, 1953; PAONE, «Ordine di Malta e sistema giuridico internazionale», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1979; VISCONTI, «La sovranità dell'Ordine di Malta nel diritto italiano», en *Rivista critica del lavoro e della responsabilità civile*, nn. 11-12, 1936.

un conjunto de normas que regulan la propia vida interna; la cuestión consiste en saber si este cuerpo normativo encuentra su fuente de validez en sí mismo o en otro derecho (es decir, si se trata de un ordenamiento jurídico *originario* o *derivado*). El máximo instrumento jurídico de la Orden de Malta es la Carta Constitucional, que data de 1967 y fue modificada en 1997. Ésta cuenta con normas reglamentarias (el Código Melitense), normas consuetudinarias<sup>45</sup> y decretos. Pero el hecho internacionalmente determinante es el carácter originario del ordenamiento jurídico melitense, pues éste encuentra la propia fuente de validez en sí mismo, es decir, el Derecho Melitense no deriva de otro derecho, como el italiano o el canónico, sino que nace por fuerza del propio poder normativo de la institución<sup>46</sup>. Se prueba, porque las normas jurídicas melitenses (de fuente consuetudinaria, legislativa, ejecutiva o constitucional) son válidas y eficaces en su ámbito de aplicación al culminar el propio proceso formativo, sin requerir de contrafirma o ratificación por ninguna autoridad externa a la Orden, como podría serlo el Ministerio de Asuntos Exteriores de Italia o la Sagrada Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica de la Santa Sede.

Por otra parte, este ordenamiento jurídico cuenta con una organización institucional similar a la estatal: una función *legislativa*, de tipo primaria, en el Capítulo General y derivada en el Gran Maestro actuando de acuerdo con el Soberano Consejo. Una función *ejecutiva* de las normas<sup>47</sup>, que existe en el Gran Maestro eventualmente asistido por el Soberano Consejo, a quien le compete además la representación de la Orden. La función *jurisdiccional* existe en los Tribunales Maestrales que son de primera y segunda instancia y en una Procuraduría General del Estado (llamada: «Avvocatura di Stato»), *inter alia*.

45. La SMOM acoge la costumbre jurídica como fuente de derecho.

46. Claro que nada excluye que por autónoma decisión un ordenamiento jurídico adopte normas de otro ordenamiento jurídico, por razones de economía, eficacia o conveniencia. No lesiona ello su autonomía mientras sea una decisión libremente tomada.

47. A tenor del art. 15, párr. 3.º de la Carta Constitucional dos son los tipos normativos: el *Decreto Maestral* y el *Decreto Consiliar* según la intervención o no del Soberano Consejo. El Prof. Monaco los distingue según la naturaleza administrativa o mixta (administrativa-normativa) de los mismos respectivamente. Vid. MONACO, *o. c.*, p. 19.

C. *La subjetividad internacional de la Orden de Malta (carácter independiente de la soberanía)*

3a) *Históricamente considerada*: La consideración histórica<sup>48</sup> de la subjetividad internacional de la SMOM guarda importancia actualmente, pues no falta quien argumenta que la Orden nunca fue, y consecuentemente tampoco es, soberana; a pesar de los evidentes argumentos contrarios. Basan su posición en el hecho, supuesto, de que cuando la Orden tenía sede territorial en la isla de Malta (desde el 26 de octubre de 1530 y hasta el 12 de junio de 1798, día de la invasión de una potencia neutral —cual era la situación jurídica internacional de la Isla de Malta bajo el Gobierno de los Caballeros de San Juan— por parte de Bonaparte en su camino a Egipto), los actos de imperio realizados por el Gran Maestro de la Orden y las relaciones internacionales que mantenía, lo eran a mero título de soberano del Estado maltés. En otras palabras: el Gran Maestro era soberano por ser soberano de Malta y no *per se*. La tesis apenas mencionada cae por su propio peso con sólo recordar que: a) a la Orden le había ya sido reconocida su carácter de soberana en 1446 por la Santa Sede<sup>49</sup>, o incluso ya desde 1113, con la Bula *Pie Postulatio Voluntatis* del Papa Pascual II; b) varias naciones europeas así la reconocían<sup>50</sup>; c) la Orden mantenía ya relaciones diplomáticas a nivel de Embajadores<sup>51</sup> en varias capitales europeas; d) con el cese del dominio territorial debería haber cesado el intercambio diplomático, al menos por interés del resto de los Estados (quienes podrían ver en el Gran Maestro una suerte de monarca en el exilio), pero este hecho no se verificó: la Orden continuó enviando agentes diplomáticos (reconocidos en igualdad de rango que el resto de los agentes diplomáticos) y participando en Congresos in-

48. Para un estudio detallado: D'OLIVIER FARRAN, *o. c.*, pero principalmente CANSACCHI, *Il diritto di legazione...*

49. Año de la Bula del Papa Nicolás V reconociendo al Gran Maestro como Príncipe soberano.

50. Por ejemplo, antes de la revolución en Francia los bienes de la Orden, en tanto que propiedad de un potencia extranjera, estaban exentos de la jurisdicción francesa, según D'OLIVIER FARRAN, *o. c.*, pp. 228-229.

51. Según la práctica seguida hasta hace relativamente poco tiempo, sólo las grandes potencias acreditaban y recibían Embajadores, las relaciones diplomáticas se mantenían a nivel de Legación con un Ministro Plenipotenciario a la cabeza, de Primera o Segunda Clase según el caso.

ternacionales (Amiens en 1802 y el Congreso de Viena 1815, por citar dos ejemplos).

En el siglo pasado la Orden incrementó notablemente sus relaciones diplomáticas (actualmente con más de 90 Estados<sup>52</sup>); además mantiene misiones permanentes en varias Organizaciones Internacionales (como la ONU, el Consejo de Europa, la Unesco, la Comisión Europea, y la OEA, entre otras); ejerce el derecho soberano de acuñar su propia moneda<sup>53</sup>; mantiene su propia emisión postal; emite sus propios pasaportes diplomáticos<sup>54</sup>, un boletín oficial, un himno nacional, sus propias matrículas de automóvil, sus dos sedes<sup>55</sup> en Roma donde la Orden es hospedada<sup>56</sup> (el Palacio Maestral —en Via Condotti, 68— y la Villa del Aventino, ambas en Roma) están exentas de la autoridad italiana; el derecho a enarbolar su propio pabellón<sup>57</sup> y exponer el propio escudo en sus sedes; el Príncipe y Gran Maestro (Jefe de la Orden) es internacionalmente reconocido como Jefe de Estado, su persona es inviolable y goza de inmunidad de jurisdicción universal; la acreditación de Embajadores ante la Orden y los de la Orden en el extranjero sigue el protocolo generalmente seguido en la praxis internacional; la Comunidad Internacional reconoce el status diplomático para los agentes diplomáticos de la Orden. En Italia se reconoce franquicia aduanera, y la exención tributaria a las sedes de la Orden en aplicación del principio *par in parem non habet imperium*, que se sitúa en la base de la teoría de la inmunidad soberana del Estado, y la inmunidad de jurisdicción para la Orden en territorio italiano. Por tanto, la calidad de soberana y con ella la de sujeto de Derecho Internacional Público no puede concebirse desprendida del

52. Cantidad que, informada por la presencia de distintos sistemas jurídicos y tradiciones y con una distribución geográfica proporcional, considerando los cerca de 200 Estados existentes actualmente en el mundo, bien podría constituir una práctica generalmente admitida.

53. Que mantiene la medida clásica en escudos y taréis.

54. Que son generalmente reconocidos por Estados que no han *de jure* reconocido y, consecuentemente no mantienen relaciones diplomáticas con ella, a la Orden de Malta.

55. En sentido diverso Cocca afirma que los edificios de la SMOM en Roma constituyen «actualmente la base territorial de la Orden como ente soberano»: COCCA, *La Orden de los Caballeros de Malta*, Buenos Aires 1977, p. 204.

56. Hemos preferido la expresión «*donde la orden es hospedada*» a «donde la Orden tiene su sede». En igual sentido vid. CANSACCHI, *Il diritto di legazione...*, p. 59.

57. Como bien reporta Cocca, el pabellón de la Orden de Malta es el más antiguo del mundo. Una recopilación de anécdotas sobre controversias diplomáticas a este respecto puede consultarse en COCCA, *o. c.*, p. 236.

*quantum* cuali-cuantitativo que dicha personalidad necesariamente comporta<sup>58</sup>.

Ante tal cúmulo de pruebas, parece poco creíble que el sujeto en análisis no sea soberano.

Pasemos a continuación al estudio doctrinal de las posiciones a favor y en contra de esta personalidad.

3b) *Doctrinalmente considerada*: Las diversas posiciones que la doctrina ha asumido estudiando el problema pueden lógicamente sistematizarse en dos, según nieguen o afirmen la subjetividad de la institución que estudiamos.

Quienes niegan dicha personalidad lo hacen sobre la base de: a) la importancia determinante del factor territorial en la subjetividad internacional; b) la ausencia de un «pueblo»; c) la dependencia de la Santa Sede; d) la inimputabilidad de las normas internacionales.

a) *La importancia determinante del factor territorial en la subjetividad internacional*: Aún gozando la SMOM del privilegio de la extraterritorialidad<sup>59</sup>, no creemos, in primis, poder afirmar que la misma no constituya territorio italiano.

Con respecto al elemento territorial en sí mismo considerado, hemos precedentemente expuesto (secc. I) las diferencias entre los requisitos o atributos que una institución debe poseer para ser sujeto de Derecho Internacional Público. Del mismo modo hemos procedido, precisamente según un criterio territorial, a clasificar los sujetos que los Tratados, la Costumbre Internacional, la Jurisprudencia y la Doctrina, y en fin, la Comunidad Internacional misma reconocen como sujetos del

58. No se explica entonces CONFORTI, o. c., p. 13: «*L'attribuzione della personalità all'Ordine di Malta non farebbe male a nessuno se essa non fornisse, sempre in Italia, la giustificazione per il riconoscimento all'Ordine di tutte le immunità che... spettano agli Stati stranieri*». Cuando es evidente que no puede concebirse un sujeto de Derecho Internacional Público al que no corresponda dicho *quantum* cuali-cuantitativo.

59. Aunque se suele clásicamente referir con este término al privilegio de que gozan las dos sedes de la SMOM en Roma, el Derecho Internacional Público convencional y la doctrina internacionalista contemporánea no reconocen la extraterritorialidad como teoría explicativa de los privilegios e inmunidades diplomáticas. Por esta razón la misma ha de entenderse en el sentido de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción con la extensión de las misiones diplomáticas, pues como se sabe el estatuto varía según el tipo de misión.

Derecho Internacional Público. En otras palabras, el territorio constituye un elemento determinante para el surgimiento y existencia de la forma estatal, pero no para los restantes sujetos de Derecho Internacional Público, pues como hemos ya visto, existen sujetos territoriales (como los Estados y los movimientos insurgentes) y sujetos no territoriales (como las Organizaciones Internacionales y los Movimientos de Liberación Nacional).

Por lo tanto, que la SMOM carezca de territorio no disminuye en nada su pretendida o efectiva subjetividad internacional.

b) *La ausencia de un «pueblo»*: idénticas consideraciones nos merece este argumento. El mismo constituye un elemento constitutivo del sujeto internacional de forma estatal, pero no constituye en absoluto un requisito de la categoría general. Se confirma, pues las Organizaciones Internacionales (de quien nadie niega su subjetividad internacional) carecen de un «pueblo».

No ha de confundirse el hecho de que las Organizaciones Internacionales, la Santa Sede y la misma SMOM se sirvan de personas físicas para manifestar su voluntad y para la gestión de sus asuntos; el más elemental conocimiento de la teoría del órgano así lo confirma. Una persona moral no existe sin personas a su servicio. Todavía, hemos de aclarar que, sea en el caso de las Organizaciones Internacionales, en el de la Santa Sede, o en el de la SMOM, las personas a su servicio no constituirían un pueblo en el sentido de nacionalidad, pues la misma requiere la existencia de una nación con los elementos culturales, históricos. En cambio esta relación de servicio (para el caso de las Organizaciones Internacionales) no concede el derecho a la protección diplomática, donde la nacionalidad juega un papel determinante. El tema sin embargo merece un estudio más detenido, particularmente en atención al instituto de la «ciudadanía funcional», cuya aceptación podría aclarar el asunto.

c) *La dependencia de la Santa Sede*: junto con el territorial este argumento se ha situado en la base de las críticas contra la subjetividad internacional de la SMOM. Es necesario tener presente la doble naturaleza (religiosa y laica) de la SMOM para obtener una respuesta. Como ha afirmado ilustre doctrina «i rapporti tra i due enti che sono espressione

della competenza universale della Chiesa in materia religiosa e che, in tale campo, comportano una supremazia della S. Sede nei riguardi dell'Ordine»<sup>60</sup>.

Si anteriormente podía medianamente sostenerse una cierta dependencia de la Sede Apostólica en cuestiones temporales, esto debe ser netamente descartado bajo la actual Carta Constitucional de la Orden, donde se afirman las prerrogativas soberanas de la misma<sup>61</sup>.

Por último cabe preguntarse, o mejor aún, preguntar a los sostenedores de esta posición: si la SMOM depende de la Santa Sede ¿por qué la SMOM mantiene una Embajada ante la Santa Sede y, recíprocamente, la Santa Sede mantiene un representante ante la SMOM<sup>62</sup>? Lo cierto es que la pregunta echa por tierra la dicha posición, pues es la prueba de que la Santa Sede la reconoce como un sujeto internacionalmente extraño a ella<sup>63</sup>. Claro que no faltarán quienes reconozcan en dicho enviado un carácter y función de *Procurator* a la luz del ordenamiento canónico del c. 517 del viejo Código de Derecho Canónico<sup>64</sup>. Esta posición es igualmente insostenible porque: a) el enviado es presentado con una Carta Credencial<sup>65</sup>; b) el protocolo seguido en dicha presentación es el normal-

60. MONACO, *o. c.*, p. 20.

61. En la nueva Carta Constitucional se eliminan varias intervenciones de la Santa Sede establecidas por la Carta precedente, así: la necesaria aprobación por la Santa Sede para la validez de la elección y de la renuncia del Gran Maestro, la aprobación por la Santa Sede de la revocación de un Prior (o Gran Prior) realizada por el Gran Maestro, la autorización por la Santa Sede a partícipes del Capítulo que no tenían derecho a voto, el beneplácito de la Santa Sede en la erección de los Priorados o Subpriorados, el consentimiento expreso de la Santa Sede para que la Profesión solemne fuese válida. Todos estos controles (y otros que por redundancia no mencionamos) han sido eliminados.

62. Otro argumento, aunque levemente marginal es de aspecto jerárquico eclesiástico. Mientras que normalmente (salvo el caso de enviado *ad hoc* del Santo Padre —Legado *a latere*— que suele ser un Cardenal de S.R.I.) los representantes de la Santa Sede (comúnmente el Nuncio Apostólico) ante gobiernos extranjeros poseen la dignidad archiepiscopal, en el caso del representante del Santo Padre ante la Orden de Malta éste no es un Arzobispo (como normalmente sucede), sino un Cardenal. En la actualidad el Cardenal Patrono es Su Eminencia Reverendísima Pío Card. Laghi.

63. De igual manera la ley italiana de 7 de julio de 1866, por la que se suprimieron los Órdenes religiosos no afectó a la SMOM, precisamente porque si bien era orden monástica, su carácter soberano la excluía de la jurisdicción italiana.

64. A la luz de dicho canon los órdenes monásticos mantenían un propio representante ante la Santa Sede.

65. El Profesor Cansacchi cita el texto de la primera Carta Credencial «de la era moderna» (pues las relaciones diplomáticas SMOM-Santa Sede existían desde 1778, pero desde 1834 la misión vacaba), por la que el Gran Maestro de la Orden de Malta envía un propio

mente seguido para la recepción de un agente diplomático; c) el enviado suele ser un laico; d) el cargo que ocupa es el de Embajador; e) el enviado es recibido en calidad diplomática (reconociéndole la Santa Sede<sup>66</sup> rango y status diplomático), siendo incorporado a la lista diplomática; f) recibe el tratamiento de «Excelencia» al igual que todos los Jefes de Misión; g) la mención de sus títulos nobiliarios, cuando corresponda.

Otros argumentos jurídico-jurisprudenciales serán analizados en la segunda parte del presente estudio, pero se puede ya concluir que afirmar que la SMOM depende de la Santa Sede parece a todas luces insostenible<sup>67</sup>.

d) *La inimputabilidad de las normas internacionales*: Se afirma que son los propios Estados singularmente considerados quienes por cortesía conceden a la SMOM un tratamiento particular, que comprende el generalmente reconocido a los sujetos de Derecho Internacional Público. La calidad de sujeto de derecho consiste en ser un «centro de imputación de normas jurídicas», afirman sus sostenedores, y como se ha visto, a la SMOM no se aplican las normas de Derecho Internacional Público sino que son los Estados los que graciosamente le conceden un trato privilegiado.

representante ante la Santa Sede en el año 1930. El sentido carácter devocional del documento, sin contar el valor probatorio del mismo a nuestro fin, nos confirman la necesidad de su transcripción: «Pío Franchi de' Cavalieri, Bah-Luogotenente del S. O. M. di Malta a S. S. il Papa Pío XI. Beatissimo Padre, mosso dal vivo desiderio di rafforzare ognor piú i vincoli di secolare devozione che stringono l'Ordine di S. Giovanni di Gerusalemme alla Santa Sede Apostolica ed onorato dal benevolo assenso dell' Santità Vostra al *ristabilimento* (cursiva nuestra) della Rappresentanza Diplomatica dei Cavalieri di Malta, ho deciso, d'accordo col Consiglio, di accreditare presso Vostra Beatitudine, in qualità di Inviato Straordinario e Ministro Plenipotenziario, il Principe di Monteroduni D. Luigi Pignatelli della Leonessa. Le eminenti qualità personali del Principe di Monteroduni mi danno sicuro affidamento della scrupolosa cura che Egli porrà nel compimento delle funzioni demandategli ed è perciò che Vi supplico, Beatissimo Padre, di volerlo benignamente accogliere e di prestare intiera fede a tutto ciò che Egli sarà per dirvi in nome mio e dell'Ordine di Malta. Fiducioso della paterna benevolenza di Vostra Santità, invoco la Benedizione Apostolica per il Governo dell'Ordine e per tutti i Cavalieri, ed innalzo fervidi voti al Signore per la prosperità del Vostro glorioso Pontificato. In Roma nel Palazzo di Malta il 22 febbraio 1930. Della Santità vostra umilissimo ed ubbidientissimo Figlio. Pío Franchi de' Cavalieri (L. S.)». *Op. Ult. Cit.*, cfr. p. 69.

66. *Status* del que en virtud del artículo 12 del Tratado de Letrán, goza también el territorio italiano. La doctrina ha reconocido sabiamente el mismo aún cuando la persona sea de nacionalidad italiana.

67. CONFORTI, *o. c.*, p. 31.

La razón de esta posición consiste en que: a) las normas de Derecho Internacional Público están dirigidas a los Estados; b) un ente internacional debe participar en pie de paridad en la vida internacional y, consecuentemente, c) participar en la formación de las normas internacionales.

4. Teniendo presente cuanto hasta ahora se ha dicho en sede jurídica, se presenta como absolutamente insostenible el primer argumento (que las normas de Derecho Internacional Público están dirigidas solamente a los Estados). Semejante afirmación sería aceptable en el s. XVIII, pero no en el sistema de Derecho Internacional Público contemporáneo. La existencia de normas de Derecho Internacional Público relativas a las Organizaciones Internacionales y Movimientos de Liberación Nacional, sin contar a los individuos mismos, confirman la insostenibilidad de semejante afirmación.

El tercer argumento (que un sujeto de Derecho Internacional Público debe participar en la formación de las normas de Derecho Internacional Público) constituye un corolario del segundo y ambos del llamado *Principio de Efectividad*<sup>68</sup>.

Por cuanto se refiere a la SMOM ésta participa en la vida internacional en sede bilateral y en sede multilateral y contribuye igualmente a la formación del Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional. Consuetudinario con su concurso en la reiterada práctica de un uso, principalmente en el ámbito diplomático y convencional por medio de tratados, como las numerosas Convenciones postales y acuerdos para el establecimiento de misiones diplomáticas.

Si el Derecho consiste en determinar la línea de lo justo, y la justicia en dar a cada uno lo suyo según su derecho, es claro que los iguales deberán ser tratados iguales y los distintos tratados distintos. En este sentido, la posición que se analiza pretende hacer *tabula rasa* y exigir a un ente una conducta que naturalmente no puede conformar. Es decir, pretende exigir a un ente la participación en la creación de todas las normas internacionales; pero ello no parece posible pues aquel no participa en todos los ámbitos de la vida internacional, no por no poder ontológicamente (la soberanía no es parcial, contra quienes afirman lo contrario)

68. Vid., por ejemplo, CONFORTI, o. c., p. 13.

sino por opción. En otras palabras: ¿qué interés puede tener la principal potencia armamentista del mundo en suscribir un tratado de neutralidad?, o ¿un hipotético Estado que no mantenga relaciones diplomáticas en firmar un tratado sobre los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos?, o un siempre hipotético Estado que no tenga aeropuertos, ni flota aérea, ni permita el sobrevuelo de su espacio aéreo en participar en convenciones sobre la navegación aérea. Incluso, ¿por qué razón un Estado sin litoral participaría en una convención sobre la navegación oceánica si el mismo no le concede ningún derecho? Del mismo modo, no se puede exigir a la SMOM que participe en sedes que no son de su interés inmediato como, por ejemplo, la Carta del Espacio<sup>69</sup>, mas ello, obviamente, no precluye su derecho.

Por lo demás, la SMOM participa en la vida diplomática internacional y es parte en muchos tratados y forma parte de otras tantas Organizaciones Internacionales, lo cual demuestra la insostenibilidad de la tesis en cuestión, que se basa en la inadecuación al llamado principio de efectividad. La práctica, y así lo hemos expuesto, demuestra la adecuación de la Orden de San Juan a dicho principio; la prueba del principio de efectividad queda por tanto superada.

Por cuanto se refiere al argumento central de esta posición (la concesión graciosa y unilateral de los Estados de un *status* privilegiado a la SMOM), de ser ésta la realidad, los tribunales que fueron llamados a resolver cuestiones en las que la SMOM era parte, habrían debido fallar en el sentido de que al ser concesiones graciosas, no se trataría de normas jurídico internacionales y, consecuentemente, el Estado podría retirarlas con su sola voluntad. La jurisprudencia, en cambio, se pronuncia por la tesis exactamente contraria; es decir, el respeto de la personalidad internacional de la SMOM, en virtud de su subjetividad internacional y la consecuente inmunidad soberana de la misma. Del mismo modo, no habría lugar a reclamo o protesta alguna por parte de los representantes diplomáticos de la Orden en los Estados donde son acreditados, por diferencias en cuanto a la aplicación de las normas sobre los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos, cosa que por otra parte sucede cuando la ocasión lo requiere.

69. Por una opinión contraria (es decir favorable a la adhesión de la SMOM a dichos instrumentos). Vid. COCCA, *o. c.*, p. 248.

5. Las razones expuestas demuestran la insostenibilidad de la negación de la personalidad internacional de la SMOM<sup>70</sup>.

No obstante la insostenibilidad de dichas posiciones, ello no nos induce a concluir a favor de la subjetividad internacional. La SMOM será sujeto de Derecho Internacional Público si cumple con los requisitos que el Derecho Internacional Público exige para regular la vida de sus entes. Es decir, es sujeto por cumplir con los requisitos generalmente admitidos y no por descarte de tesis contrarias. En este sentido, la SMOM ha firmado innumerables tratados, con lo que prueba su *jus tractatum*. Posee misiones diplomáticas en la generalidad de los Estados (incluso Estados no católicos), y recibe misiones diplomáticas de potencias extranjeras (*jus legationis*). No tenemos noticias de que se hayan presentado asuntos ante la Corte Internacional de Justicia en los que la SMOM sea parte; sin embargo, la jurisprudencia nacional reconoce a la SMOM la posibilidad de ser parte demanda en los propios Tribunales, y le reconoce la inmunidad soberana (*locus standi*). Por otra parte, recuérdense los otros atributos de la soberanía precedentemente expuestos, como la acuñación de moneda, etcétera.

Todas las razones precedentemente expuestas nos permiten pues, reconocer en la Soberana Militar Orden de Malta un sujeto pleno y originario del Derecho Internacional Público.

Hay otros argumentos, éstos de orden metajurídico, aunque igualmente considerables, de los que resulta el hecho que la Orden de Malta representa un complejo de valores<sup>71</sup> que parte de la sociedad (global) contemporánea desprecia como anacrónicos, o bien reconociendo su verdadero valor, convenientemente olvida o sustituye por otros perecederos e inconsistentes, y que, sin ir a más, priman la forma sobre la materia. Ciertamente resulta que son también argumentos a considerar por los gobiernos nacionales a la hora de entablar relaciones diplomáticas con una orden de caballería, católica, noble, y que tiene sus más antiguos orígenes en la Primera Cruzada. Por otra parte, después de la Santa Sede, ciertamente es la más antigua institución del mundo, y, a diferencia de los

70. Sobre un precedente jurisdiccional-eclesiástico, v. *Il Tempo*, 26 de enero de 1952.

71. Vid. art. 1.º, párr. 1 de la Carta Constitucional de la Orden.

Estados, persigue un fin caritativo<sup>72</sup> desde hace 900 años, cuando fue fundada asistiendo a leprosos<sup>73</sup>, pero también a ancianos, niños, tóxico-dependientes, refugiados y personas indigentes. La presencia de la Orden de Malta también, y principalmente, se verifica durante los conflictos armados en las Guerras Mundiales con trenes, hospitales y voluntarios. La Orden tuvo presencia también en los conflictos de Vietnam, y en Kosovo, Afganistán y en el reciente de Irak.

La profunda devoción con que los Caballeros de Malta asisten a estas personas se verifica en el lema que les inspira a considerar a las personas, a quienes sirven, como «*nuestros señores, los enfermos*».

6. Evidenciada pues la subjetividad internacional de la SMOM corresponde ahora su categorización dentro de las formas de los sujetos de Derecho Internacional Público (Estado, Organización Internacional<sup>74</sup>). Una última posibilidad lógica podría darse si, siendo sujeto, no se incluyera en ninguna de las formas tradicionales, como es el caso de la Santa Sede.

Como explica el Prof. Cansacchi<sup>75</sup>, la doctrina favorable a su personalidad internacional se ha inclinado por diversas soluciones; hay quienes asimilan la SMOM a un Estado y quienes a una Organización Internacional, y hay quienes la explican con carácter normativo.

a) *Quienes la equiparan a un Estado*: por tentadora que esta solución pueda presentarse, la SMOM carece de territorio y de población<sup>76</sup>, y teniendo presente su necesario concurso para la configuración del tipo estatal, la solución no puede dejar de ser negativa.

b) *Quienes encuentran su subjetividad en una norma consuetudinaria*: según estos autores la SMOM sería sujeto de Derecho Internacional Pú-

72. Precisamente en base a este argumento alguna doctrina ha pretendido negar la inmunidad tributaria de la Orden. No hemos logrado encontrar conexión que nos permita comprender dicho razonamiento.

73. En quienes una antigua y abandonada tradición veía la personificación del mal y del pecado en el hombre.

74. Se excluye *ab initio* la posibilidad de considerar a la SMOM como una Comunidad Beligerante, un Movimiento de Liberación Nacional o un movimiento insurgente.

75. CANSACCHI, «L'Ordine di Malta come soggetto primario di Diritto internazionale», en *Studi in memoria di Gian Carlo Venturini*, Milano 1984, pp. 85 ss.

76. Hacemos la salvedad de que el tema de la población merecería un estudio específico.

blico no por poseer en la actualidad todos los elementos propios de un sujeto de Derecho Internacional Público, sino por haberlos tenido en la antigüedad por medio del principado maltés. De allí derivó entre ciertos Estados (los católicos<sup>77</sup>) una práctica obligatoria de reconocerle subjetividad internacional a la SMOM... La teoría hace agua por todos lados. En principio, semejante posición parecería adherirse a la tesis de la existencia de una norma atributiva de subjetividad internacional (tesis sobre la cual la doctrina no se pronuncia de manera uniforme<sup>78</sup>), que en el caso sería de fuente consuetudinaria y cuyo contenido sería atribuir personalidad internacional a la SMOM. Pero incluso siendo benevolentes bajo este aspecto (dado el carácter controvertido del tema) es innegable que para el nacimiento de una norma consuetudinaria se requiere no sólo la repetición constante de una práctica sino, y aquí está lo vital, la creencia de que por realizarse un dada conducta se está cumpliendo con una obligación. Claramente esto no se verifica en el caso no sólo de la SMOM sino del reconocimiento y establecimiento de relaciones diplomáticas en general, pues éste se realiza de mutuo acuerdo<sup>79</sup>. Por otro lado, de ser tal la situación, la SMOM podría pedir y exigir la observancia de dicha norma, sin embargo la conducta de la propia parte interesada parece no reconocer dicho derecho y parece dudoso que alguna vez pueda hacerlo, con lo cual no aceptaría tampoco la existencia de dicha norma consuetudinaria. Otro motivo por el cual no parece aceptable esta posición radica en no explicar el proceso histórico de formación de la norma ni las causas de su extensión de Europa (s. XIX) a Latinoamérica (s. XX), y al África y consecuentemente a Oceanía y Asia Central. Cierito es que si algo bueno tiene esta teoría es que serviría de ejemplo para explicar la universalización de una costumbre regional. Por último siguiendo el razonamiento de estos autores, quien no reconozca a la SMOM subjetividad internacional no estaría obligado a reconocerle *status* soberano. Sin embargo, y a pesar de las dudas doctrinarias respecto de

77. Hoy la SMOM mantiene relaciones diplomáticas incluso con Estados laicos o de tradición no católica. Para una lista completa de Estados con los cuales la SMOM mantiene relaciones diplomáticas, cfr.: [www.orderofmalta.org](http://www.orderofmalta.org).

78. A favor: BALLADORE-PALLIERI, o. c., MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid 1979. En contra: TRUYOL y SERRA, *Théorie du droit international public, Cours général, Académie de Droit International de La Haye*, tiré à part du *Recueil des Cours*, t. 173, 1981-IV, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Curso...*, *inter alia*.

79. Art. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

la teoría del objetor persistente a una norma consuetudinaria, el contrario se prueba en el reconocimiento general de la Comunidad Internacional a los pasaportes diplomáticos de la Orden, con lo cual *de facto* están ya reconociéndola internacionalmente como par.

c) *Quienes la asimilan a una Organización internacional*: tampoco aquí es aplicable la analogía<sup>80</sup>, ya que las Organizaciones internacionales son sujetos derivados y la SMOM es un sujeto originario, de lo cual se deriva que las Organizaciones Internacionales poseen una capacidad limitada a su objeto y la SMOM posee una capacidad plena. Sea dicho también que las Organizaciones Internacionales nacen por la firma de un tratado constitutivo, y la SMOM no nace por un tratado constitutivo. Añádase por último que las Organizaciones Internacionales se integran con varios Estados, y la SMOM no se integra en ningún Estado. Resulta claro pues que la SMOM no es ni puede ser una Organización Internacional.

Otra posibilidad, que Cansacchi no menciona, por ser posterior a la obra que se cita, es su equiparación con un gobierno en el exilio. Esta figura se caracteriza por surgir en situaciones de conflicto armado, con un gobierno no reconocido en el territorio nacional y por contar con un plan programático. De todo lo que no concuerda con la SMOM, resulta una diferencia de base: el fin político de los gobiernos en exilio y el social o casi sobrenatural de la SMOM.

7. Resta solamente la posibilidad de considerar a la SMOM como un sujeto de Derecho Internacional Público que no encuadra dentro de ninguna de las formas tradicionales: no es un Estado, no es una Organización Internacional, no una Comunidad Beligerante ni un Movimiento de Liberación Nacional y ciertamente no es un movimiento insurgente, ni un Individuo, ni la Santa Sede. Con esto no caemos en el error precedentemente criticado de reconocerle a la SMOM una subjetividad *por descarte*, sino precisamente lo contrario, como se ha intentado demostrar aquí (es decir: la presencia en la Orden de Malta de todos los requisitos de la subjetividad internacional).

80. Pues ésta requiere de un proceso inductivo-deductivo donde, del resultado de la inducción, se observe la pertenencia a un genero común y, por tanto, elementos esenciales comunes. Claramente esto no se da entre las Organizaciones Internacionales y la SMOM.

En este sentido, la SMOM sería un sujeto particular de Derecho Internacional Público, un *sujeto sui generis* podríamos decir. No se nos escapa que alguna torcida interpretación ha pretendido por esta vía de la capacidad una limitación en su subjetividad internacional, es decir, que sería sujeto de Derecho Internacional Público para algunas cosas y no para otras. Esto no puede ser, pues, como el derecho nacional, se es o no se es sujeto de derecho. El carácter *especial* de la SMOM al que hacemos referencia es el constituir una categoría *in re ipsa* y a la vez un sujeto no territorial de Derecho Internacional Público (como las Organizaciones Internacionales o como la Santa Sede en el período 1870-1929). La cosa se explica un poco más con un ejemplo: ¿qué tipo de sujeto internacional es la Santa Sede? La Santa Sede es la Santa Sede porque no es un Estado, no es una Organización Internacional, no es un Pueblo, no es una Comunidad Beligerante y no es un Movimiento de Liberación Nacional ni un movimiento insurgente. *Mutatis mutandis* la Soberana Militar Orden de Malta es un sujeto de Derecho Internacional Público que no se enmarca en ninguna de las categorías tradicionales, no es un Estado, no es una Organización Internacional, etc. Sería necesario crear una categoría especial para la SMOM, por ejemplo la categoría de la *Órdenes Soberanas* o la de *Órdenes de Caballería Soberanas*. Pero la utilidad de la categorización sería nula, pues se agotaría en sí misma, ya que la SMOM sería su única integrante. De mayor utilidad resulta clasificarla, pues, como sujeto *no territorial*, a la par de las Organizaciones Internacionales o de la Santa Sede. Puede así, coincidir con el argentino Cocca cuando, antes que nosotros, afirmó que «la Soberana Orden Militar de Malta, por carecer de atributos como territorio, población, ejército y otras formas físicas de poder, constituye un hermoso ejemplo de supremacía del Derecho sobre los hechos materiales»<sup>81</sup>.

### III. VISION UNITARIA DE LA NATURALEZA Y POSICIÓN DE LA ORDEN DE MALTA EN EL ORDEN JURÍDICO ECLESIAL E INTERNACIONAL

Como se ha visto, la Orden de Malta presenta una doble naturaleza religiosa-laical, producto de su extraneidad a las vicisitudes históricas del desarrollo político estatal, transformada en una especie de cápsu-

81. COCCA, o. c., p. 252.

la del tiempo axiológica-jurídica-religiosa medieval. Dicha, universalmente única, circunstancia constituye una nueve veces centenaria carga histórica de tradiciones y costumbres, a la vez que fuente de no pocos pseudo inconvenientes, principalmente en el plano jurídico civil, por parte de quienes no logran comprender la verdadera naturaleza, origen y función de la Soberana Militar Orden de Malta.

Sea en el plano jurídico eclesiástico, sea en el plano jurídico internacional, la categorización de la Orden de Malta dentro de los modelos actualmente existentes supone una injustificada e injusta generalización que, por otra parte, no encaja dentro de esos modelos, forzándola innecesariamente y produciendo una lesión jurídica.

La Soberana Orden de Malta se presenta pues, tanto en el plano jurídico eclesiástico, como en el plano jurídico civil internacional, como un peculiar, y único, sujeto de derecho evolucionado desde hace novecientos años para la defensa de la fe católica y la asistencia a los enfermos y peregrinos, para gloria de Dios.