ISBN: 950-9099-68-6
© Copyright by EDICIONES JURÍDICAS CUYO
Garibaldi 61 - Mendoza
Tel. 061-292565 - Fax: 061-200286
Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos reservados
IMPRESO EN ARGENTINA

CALOGERO PIZZOLO (h)

PENSAR EL MERCOSUR

Constitución y Derecho Comunitario

Estructura Institucional de la Unión Europea y el Mercosur

Sistema de Solución de Controversias

Poder Judicial Comunitario

Doctrina y Jurisprudencia

EDICIONES JURÍDICAS CUYO

Dedicatorias:

A la memoria de mi padre,
don Calogero Pizzolo.

A María Grande y María Chica,
a Mateo.

Al Dr. Miguel Ángel Ekmekdjian,
mi maestro y amigo.

A la Universidad de Buenos Aires,
a quien debo mi formación académica.

Agradecimientos:

A mis ex alumnos Lorena Eguiguren,
Paula González, Ariel Reck y Tomás Calle
quienes contribuyeron de manera esencial
en la creación de esta obra.

A mis colegas y amigos por sus aportes.

frente a los Señores feudales. La soberanía, en sí, es la función de regir al Estado, ejercida por el poder público dentro de su respectivo territorio y con exclusión, en principio, de cualquier otro poder.[6] **Kelsen**[7] afirma respecto de la soberanía, que no es una propiedad perceptible sino un presupuesto: "el presupuesto de un orden normativo como orden supremo no derivable, en su validez, de ningún orden superior".

A partir de los Tratados de Munster y Osnabrick (Paz de Westfalia) de 1647-1648 la modificación de la sociedad medieval en una pluralidad de Estados, hace de la soberanía territorial el centro de gravedad de las relaciones internacionales. Dominan en esta concepción los principios de la igualdad soberana de los Estados, la no intervención en los asuntos internos y el recurso de la guerra como medida lícita de autotutela. Siglos después, frescas en las retinas de la humanidad la atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, los representantes de los gobiernos reunidos en San Francisco (EE.UU.) adoptaron una concepción del orden internacional distinta a la de Westfalia al prohibir el recurso de la fuerza armada en las relaciones internacionales (art. 2, inc. 4 de la Carta de la Naciones Unidas). El progreso alcanzado con dicha inserción, sin embargo, fue atenuado al incorporar el llamado principio del "dominio reservado" de los Estados (art. 2, inc. 7 de la citada Carta).

[6] Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María, *Derecho internacional público*, Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1988, Tomo I, p. 66.

[7] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Autónoma de México, México, 1979, p. 336.

Paralelamente a este avance en las relaciones internacionales, se van alternando factores que operan sobre la noción absoluta de soberanía determinando su "flexibilización". Para intentar captar en su magnitud todo este proceso debemos remitirnos a los orígenes, a la matriz del término soberanía. Observemos pues, con más atención el alumbramiento de esta noción.

1.3.1. Soberanía y monarquías absolutas

En Francia, desde que al decaer el feudalismo empezó a afirmarse la monarquía, se daba el nombre de soberano (del latín *superanus* que quiere decir sobre todos) a la autoridad suprema que, en el orden político o en cualquier otro, regía sin admitir otra superior. En la segunda mitad del siglo XV, el Rey Luis XI centralizó el poder en su persona. La noción de propiedad (*dominium*) y la de la soberanía (*imperium*) se confundían en un solo titular, que era el monarca. Así, la soberanía en cabeza del monarca era "absoluta e indivisible", lo que dotaba al Estado de una verdadera impermeabilidad frente a cualquier cuerpo extraño que pudiera afectarlo.[8]

En el siglo XVI, Bodino —a quien corresponde el título de gran teórico de la soberanía— refleja esta situación. En su obra "Los seis libros de la república" sostiene que: "La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república

[8] Ver al respecto Zuppi, Alberto L., *La noción de la soberanía en el nuevo orden internacional*, publicado en "El Derecho", Tomo 151, p. 782.

(...) no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo".[9] Bodino sostenía también que el príncipe soberano "sólo está obligado a dar cuenta a Dios"[10] y sujeto a "las leyes divinas y naturales".[11] Dado —continúa este autor galo— "que después de Dios, nada hay mayor sobre la tierra que los príncipes soberanos (...) quien menosprecia a su príncipe soberano menosprecia a Dios, del cual es su imagen sobre la tierra".[12] Como observamos, la soberanía aparece aquí anudada a una idea de totalidad universal, no es posible pensar en una fragmentación de los atributos soberanos o bien en un régimen de competencias distribuido en varios órganos como ocurrirá con la caída del Antiguo régimen: "La soberanía pierde su grandeza si en ella se practica una abertura para usurpar algunas de sus propiedades".[13] Bodino ubica entre los atributos de soberanía indelegables al "poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular"[14] y "el derecho de última instancia".[15]

Dentro de la misma corriente, Hobbes va más allá del límite divino al sostener que el poder del monarca está por encima de toda noción, aún de carácter religioso y es absolutamente ilimitado. El autor del "Leviatán" (1651) señala

[9] Bodino J., "*Los seis libros de la república*", Aguilar, Madrid, 1973, p. 48.

[10] Idem, p. 48.

[11] Idem, p. 52.

[12] Idem, p. 65.

[13] Idem, p. 65.

[14] Idem, p. 66.

[15] Idem, p. 69.

que los individuos tienen un poder absoluto en el "estado de naturaleza", fundado en el derecho de naturaleza, al abandonar aquel estado y constituir la sociedad política ceden al soberano este poder absoluto. El "*jus in omia*", el derecho sobre todas las cosas pasa al soberano, al Leviatán y, en consecuencia, su derecho positivo es tan ilimitado como el derecho natural que lo sostiene. El poder de Leviatán es, pues, de tal condición que los hombres no pueden imaginar un poder mayor. En Hobbes, por lo tanto, un orden político legítimo es aquél que otorga un poder ilimitado al soberano. No existe aquí ningún tipo de axiología del poder, cualquier orden que otorge un poder ilimitado es legítimo, de lo contrario —pensaba este autor— sobrevendría la anarquía y el caos.

1.3.2. La despersonalización de la noción de soberanía

En reacción a estas nociones absolutas de soberanía en cabeza del monarca Rousseau —en "El contrato social" (1792)— sostuvo que la soberanía, aun cuando implicaba un poder absoluto y supremo, pertenecía exclusivamente al pueblo y era inalienable, es decir, no podía ser transferida de éste a otro órgano del Estado. Anteriormente, John Locke —en "Segundo tratado sobre el gobierno civil" (1690)— había enunciado doctrinas según las cuales la soberanía reside en el Estado como un derivado de la soberanía del pueblo.

En Locke —por el contrario a lo que vimos sostenía Hobbes— se presenta al individuo en posesión de ciertos derechos individuales mientras habita el "estado de naturaleza"; por ende, el poder que éste sede al soberano, a la autoridad política, no es absoluto encuentra su límite en el

individuo mismo y los derechos que le son propios. Este derecho positivo es "limitado", se topa con la muralla de derechos que proporciona la naturaleza humana y a la cual no puede penetrar. Locke piensa que trasmitir todos los derechos a un soberano absoluto no es salir del estado de guerra sino agravarlo. En este sentido, el filósofo inglés sentencia que con la excusa de constituir un protector, el hombre arma a un enemigo. Para defenderse de los zorros (sus semejantes) se coloca bajo la garra de un león. Lo dicho, permite al individuo titular de derechos, preservar para sí, ciertas partículas de poder en donde Locke funda el derecho de desobediencia cuando el soberano incumple con sus decretos y leyes los derechos individuales. Hobbes, en sentido inverso, vimos que rechazaba cualquier cuestionamiento a la voluntad del Leviatán ya que, veía en ellos, un modo de alterar el orden que éste vine ha establecer.

La despersonalización de la soberanía implica un cambio radical en su titularidad. Hasta aquí el monarca es quien ostenta el título de "soberano". La relación entre gobernante y gobernado es una relación entre amo y señor. La voluntad del monarca es siempre obligatoria para sus súbditos. Las revoluciones de la modernidad van a redistribuir la titularidad de la soberanía entre el pueblo el cual, a su vez, en un acto voluntario, la delega para su ejercicio en el Estado. En el marco de esta delegación nace una nueva relación entre gobernante y gobernado, el Estado —no ya un monarca— se encuentra atado al interés general en razón de que lo que ejerce es una parte de un poder soberano que, en su forma absoluta, radica ahora en el pueblo.

Como consecuencia de la transformación de las monarquías absolutas en monarquías constitucionales, la soberanía se despersonaliza hasta el punto de convertirse en una idea abstracta pero además, y esto no es menos importante, como resultado de la existencia de Estados confederados y de Estados federales, comienza a afirmarse el concepto de que la soberanía admite restricciones y, por lo tanto, no es indivisible ni absoluta. En 1788 **Jay**[16] escribía en "El Federalista" que los tratados deben ser considerados como la ley suprema de la nación; oponiéndose a la idea de que "los tratados, como los demás actos de una asamblea legislativa, deberían poder revocarse cuando parezca conveniente". Con ello, adelantaba una disputa que dominaría el escenario internacional en los siglos XIX y XX, ¿Qué jerarquía tienen los tratados internacionales frente al derecho interno de cada Estado parte? ¿Cómo reconocer jerarquía mayor a una norma foránea —un tratado— frente a la ley local? Según veremos a lo largo de este capítulo, la respuesta a estos interrogantes están íntimamente relacionadas con el alcance atribuido a la noción de soberanía.

En 1812 la Corte Suprema de los Estados Unidos en el leading case "The Shcooner Exchange vs. M' Faddon" —fallo redactado por el chief justice John Marshall— introduce una pequeña pero nueva variante en el concepto de soberanía absoluta, determinado la necesidad de una flexibilización del mismo como consecuencia del mero hecho de la mul-

[16] Hamilton, A.; Madison, J. y Jay J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 275.

tiplicación de intercambios comerciales. Si bien el mismo fallo reconoce la inmunidad absoluta del Estado extranjero (ver *infra* 1.3.4.). El citado Tribunal afirmó que "estando compuesto el mundo de distintas soberanías, poseyendo derechos iguales e iguales independencias (...), todas las soberanías han consentido una relajación en la práctica, en casos bajo circunstancias peculiares, a aquella jurisdicción absoluta y completa dentro de sus respectivos territorios conferidos por la soberanía".[17]

A finales del siglo XIX, dos Tribunales Arbitrales en reconocidos leading cases admiten expresamente, en sus laudos, la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno y la consiguiente flexibilización de la noción clásica de soberanía.[18] En el caso "Alabama" (1872) entre Gran Bretaña y EE.UU. el Tribuna Arbitral constituido en Ginebra sostuvo que la inexistencia de normas internas que impidieran la construcción de astilleros ingleses de buques de guerra para la Confederación durante la Guerra de Secesión, en violación a las obligaciones internacionales que como neutral tenía Gran Bretaña, no era excusa para el incumplimiento de estas obligaciones ya que el derecho internacional tenía

[17] C.S.E.U., in re "The Shcooner Exchange vs. M' Faddon", 11 U.S. (7 Cranch) 116, 3 L. Ed. 287 (1812). El Shcooner Exchange era un barco privado de propiedad de un ciudadano norteamericano de nombre M' Faddon el cual fue expropiado por Francia y convertido en un barco de guerra. Fue reclamado por su antiguo propietario en ocasión de una visita a un puerto norteamericano. El Procurador General se opuso a la demanda argumentando que Francia no podía ser traída a las cortes de los Estados Unidos.

[18] Citados por Carreau, Dominique, *Droit International*, Editions A. Pedone, París, 1988, p. 42.

primacía sobre el interno. En el caso "Montijo" (1875) entre Colombia y los EE.UU., el Tribunal Arbitral sostuvo que un Tratado internacional bilateral prevalecía sobre la Constitución colombiana. Se admite, pues, la existencia de todo un proceso de transformaciones que opera sobre la noción de soberanía absoluta según fuera concebida en la teoría clásica.

1.3.3. Hacia una noción moderna de soberanía relativa

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, aparecen en su plenitud las doctrinas que elaboran un concepto de soberanía relativa opuesto al absoluto. Así, por ejemplo, el ya nombrado Kelsen afirma que la noción tradicional de soberanía es incompatible con la primacía del derecho internacional y el establecimiento de un orden jurídico internacional.[19] Hay que remitirse hasta 1917 para encontrar el más remoto precedente del vocablo "supranacional". El mismo fue usado por diversos movimientos internacionalistas durante los últimos años de la Primera Guerra Mundial, quienes deseaban caracterizar de tal forma a las estructuras de la futura Sociedad de Naciones.[20] El poder "ilimitado" que —como vimos— suponía el concepto

[19] Kelsen Hans, *Principios de derecho internacional público*, Ed. Ateneo, Buenos Aires, 1965, ps. 97 y ss.

[20] Ver Majdalani, Héctor J., *Corte de Justicia latinoamericana (Una necesidad impostergable)*, publicado en "La Ley", T. 1987-B, p. 713.

clásico de soberanía es "limitado". Sobre él opera un verdadero proceso de transformación en el que intervienen diversos factores.

Tradicionalmente, se han impuesto algunas restricciones al ejercicio de la soberanía. Estas limitaciones se fundan en la libertad para limitarse de los Estados ya que, siendo éstos sus propios soberanos, pueden disponer de sus derechos de soberanía como mejor les guste. Tal limitación puede surgir de la concertación de tratados —práctica que desde comienzos del siglo XIX se ha hecho frecuente y extendido a múltiples asuntos—, o bien de un acto unilateral. En relación a la primer variante, la Corte Permanente de Justicia Internacional —antecedente de la Corte Internacional de Justicia— expresó en una antigua opinión consultiva (1923) emitida con repecto a los decretos sobre nacionalidad en Túnez y Marruecos, que: "Sin duda, toda convención que engendra una obligación introduce una restricción en el ejercicio de los derechos soberanos de Estado".[21] Por otro lado, si bien no hay transferencia de soberanía de los Estados signatarios de un tratado, las Cartas Orgánicas de éstos pueden autorizar a sus órganos a tomar medidas coactivas en casos extremos, apelando incluso a las fuerzas militares (v.gr. arts. 2, inc. 5 y 42 de la Carta Orgánica de la O.N.U.).

En otras ocasiones, es la Ley internacional la que se constituye en fuente, no sólo de derechos, sino también de obligaciones. Estas restricciones impuestas por la Ley internacional pueden originarse en meras relaciones de vecindad,

[21] CPJI, Serie B, n° 4. p. 24.

servidumbre o condominios. Las imposiciones nacidas, por ejemplo de la vecindad, obligan a que el Estado no ejercite su soberanía territorial en detrimento de otro Estado o de forma contraria a la Ley internacional. Estas relaciones internacionales de vecindad han tenido marcada recepción en el ámbito de las cuestiones ecológicas y la polución transfronteriza. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia en el "Caso del Canal de Corfu"[22] (1949) donde, frente a la existencia de minas en aguas territoriales de Albania, interpretó que existían ciertas obligaciones de este país de notificar —en interés de la navegación en general— aquel hecho. Estas obligaciones —afirma la citada Corte— "se basan en ciertos principios generales y reconocidos, tales como, consideraciones elementales de humanidad, más absolutas en tiempos de paz que en guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación de todo Estado de no permitir que se utilice su territorio para fines contrarios a los derecho de otros Estados". En el "Caso de las pesquerías"[23] (1951) la misma Corte señaló que: "La delimitación de espacios marítimos tiene siempre un aspecto internacional. No puede depender de la sola voluntad del estado ribereño, según se exprese en su derecho interno. Si bien es cierto que el acto de delimitación es un acto unilateral, porque sólo el estado ribereño es competente para realizarlo,

[22] CIJ, sentencia de 9 de abril de 1949, publicada en *"Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia"*, Zavalía, Buenos Aires, 1973, p. 14.

[23] CIJ, sentencia del 18 de diciembre de 1951, en *"Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia"*, op. cit., p. 48.

la validez de la delimitación respecto de otros Estados depende del derecho internacional".

La costumbre internacional, es otro factor que introdujo algunas limitaciones importantes a la noción absoluta de soberanía. Por ejemplo, todo buque tiene derecho de navegar en el mar territorial de los Estados extranjeros; los jefes de Estado, los agentes diplomáticos y las naves de guerra están exentos de jurisdicción en territorio extranjero, etc.

A continuación estudiaremos la "inmunidad jurisdiccional de los Estados", noción que deriva directamente de la de soberanía.

1.3.4. La inmunidad jurisdiccional de los Estados

Por inmunidad de jurisdicción o inmunidad soberana, se hace referencia a la imposibilidad de llevar o someter a juicio a un Estado soberano, o sea a los tribunales de otro Estado sin la aquiescencia del primero. Como adelantamos en el parágrafo anterior, la inmunidad de jurisdicción de los Estados es, en sí misma, una derivación directa de la noción de soberanía. En consecuencia, si se postula una noción absoluta de ésta, el resultado es el conocido principio latino *par in parem non habet jurisdictionem*. Es decir, un Estado es inmune a la jurisdicción de otro Estado.

La doctrina de la inmunidad absoluta —según **Zuppi**—[24] nacía del erróneo criterio de suponer que el soberano era

[24] Zuppi, Alberto Luis, *El caso Siderman: volviendo sobre la inmunidad soberana de los Estados y el derecho imperativo en la jurisprudencia americana*, publicado en "El Derecho", T. 154 , p. 103.

elegido por la divinidad y, por consiguiente, no podía hacer nada equivocado. Conforme al análisis que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación[25] —modificando su tradicional postura en la cuestión— la inmunidad del Estado frente a jurisdicciones de otros Estados se funda en dos principios: uno, según la máxima latina citada *par in parem non habet jurisdictionem* que se consolidó a lo largo del siglo XIX a través de decisiones de tribunales internos, pero que durante este siglo ha tenido variantes en cuanto a su ámbito de aplicación y; el segundo, el principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

Sin embargo, venimos observando que la noción absoluta de soberanía está sufriendo distintas transformaciones desde el siglo XIX, razón por la cual, nos encontramos frente a una noción contemporánea relativa en la materia. Es también el criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia la cual, en el caso "Manauta", afirma que: "a la vista de la práctica actual divergente de los Estados, ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de derecho internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convección jurídica de su obligatoriedad".[26] En el mismo, sentido se había expresado unos años antes el Tribunal Constitucional Federal alemán[27]

[25] C.S.J. in re "Manauta, Juan José y otros c. Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios" sentencia de 22 de diciembre de 1994 publicada en Revista "El Derecho" del 18 de abril de 1995, nº 8731. Ver considerando 6 del voto de la mayoría.

[26] Idem, considerando 10 del voto de la mayoría.

[27] BVerfGE 16, 27, esp. ps. 51/52.

(1963) quien llegó a la conclusión de que la postura de la inmunidad absoluta ya no podía considerarse como una práctica que la mayoría de las naciones pudiera considerar vinculante.

Estas transformaciones sobre la noción absoluta de soberanía, no son otra cosa que parte de un proceso más amplio en cuyo centro encontramos al ser humano en perpetuo estado de evolución y junto al ser humano, también encontramos que evolucionan sus valores, su axiología. Es esta evolución lo que ha permitido al derecho extenderse hacia diversas direcciones en la protección del individuo, dando a luz hasta el momento, a tres generaciones de derechos individuales. Como con reconocida lucidez sostiene el profesor Bidart Campos[28] —en su comentario al fallo de nuestra Corte anotado más arriba— "para dar progresividad a los valores con signo positivo no hay mayor peligro que el de congelar el contenido de los valores en un determinado tiempo histórico, volviéndose impermeables a posteriores valoraciones colectivas (...) el contacto de lo valores con la historia los flexibiliza, los oxigena, los colma con todo cuanto exigen las circunstancias de lugar y tiempo". Y concluye el citado jurista que: "de no ser así no habría surgido el derecho humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho comunitario, (...).

En esta transformación, mucho ha tenido que ver la dinámica de la economía mundial. Los procesos económicos

[28] Bidart Campos, Germán, *" Un notable avance en la jurisprudencia de la Corte sobre inmunidad de los Estados extranjeros"*, publicado en Revista "El Derecho" del 18 de abril de 1995, n° 8731, p. 2.

iniciados con la consolidación del sistema capitalista son, sin duda, uno de los principales verdugos de las concepciones absolutistas en materia de soberanía. Otro factor de relevancia en la transformación apuntada es la expansión en la protección de los derechos humanos a partir de la idea dominante, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, de que los mismos constituyen valores universales y fundamentales de toda la humanidad. Finalmente, relacionado con este último factor, encontramos otro determinante: el *jus cogens* que obliga a los Estados independientemente de su voluntad. A continuación estudiamos, dentro de los límites que nos señala una obra del tipo que nos ocupa, cada uno de estos factores.

1.3.5. La evolución en la economía mundial

Tal como lo refiere nuestro más alto Tribunal[29] ya en el siglo XIX los Estados se embarcaron en empresas comerciales, creando monopolios, explotando ferrocarriles, buques y correos. La Primera Guerra Mundial aceleró esas actividades y la irrupción de los Estados Socialistas aumentó enormemente el sector público de la economía y el comercio. Como espejo de esta nueva realidad internacional surgió en la doctrina y después en una jurisprudencia expansiva la llamada "teoría restringida" de la inmunidad de jurisdicción que distingue entre los actos *iure imperii* (los actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad

[29] C.S.J. in re "Manauta, Juan José y otros c. Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios", op. cit., considerando 7 del voto de la mayoría.

1.3.6. La extensión en la protección de los derechos humanos

El concepto de soberanía absoluto se ha visto limitado, además, por la aparición de una nueva disciplina jurídica: el derecho de la integración humanitaria o derecho constitucional humanitario.[33] Bajo su impulso, el orden público internacional está incorporando ciertos principios que hasta hace pocos años estaban por debajo de los principios de no intervención y de soberanía misma (por ejemplo, el respeto a los derechos humanos exigible a nivel internacional).

El primer antecedente que puede encontrarse en la jurisprudencia de los EE.UU. lo constituyó el caso "Letelier vs. Republic of Chile"[34] sustanciado a raíz del asesinato en Washington del ex ministro chileno de relaciones exteriores, Orlando Letelier, instigado por el gobierno militar de Chile. El gobierno trasandino rehusó aparecer en el proceso, aunque en su correspondencia diplómatica y desligando cualquier participación en el hecho, dejó en claro que, a su entender, era un típico caso de inmunidad soberana. Sin embargo, ante su incomparecencia se dictó una sentencia en rebeldía. Tanto en "Letelier" como en uno posterior de similares características —"Liu vs. Republic of China"—[35] se trató de crímenes

[33] Ver el desarollo de esta disciplina en Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996.

[34] "Letelier vs. Republic of Chile", 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980).

[35] "Liu vs. Republic of China" et. al., 892 F.2d 1419 (9th. Cir. 1989), U.S. 111 S :t. 27, 111 L. Ed.2d 840.

apoyados o instigados por Estados extranjeros, cometidos en suelo norteamericano o sujeto a su jurisdicción y donde las víctimas, o alguna de ellas tenían ciudadanía norteamericana o que traía conexión territorial y personal más evidente.

Sin embargo, la jurisprudencia que seguimos comenzó a innovar en esta materia admitiendo demandas que no poseían o no poseían tangencialmente vínculo de conexión territorial o personal. La Suprema Corte de los Estados Unidos analizó esta cuestión en "Verlinden B. vs. Central Bank of Nigeria"[36] llegando a la conclusión, por primera vez de manera expresa, que la nombrada "FSIA" hacía viable las demandas de extranjeros contra Estados extranjeros por ante los Tribunales norteamericanos. En esta línea, el caso de mayor importancia en el ámbito de los derechos humanos es "Filártiga vs. Peña Irala"[37] (1980). El Tribunal actuante, sostuvo aquí que la tortura ralizada por un oficial del Estado, en violación de la Constitución y a las leyes de la República del Paraguay, no puede ser caracterizado como un acto del Gobierno (*iure imperii*). Se afirma además, que el torturador, al igual que el pirata y el traficante de esclavos, es enemigo de género humano. Este pronunciamiento fue el primero en que un Tribunal de un Estado se declaró competente para conocer en una acción civil basada en la tortura realizada en el territorio de otro Estado, ante la complicidad de las autoridades de éste y fijó las bases para otros casos posteriores en la jurisprudencia norteamericana ("Von Dardel vs. Union

[36] C.S.E.U., in re "Verlinden B. vs. Central Bank of Nigeria" 461 U.S. 480 (1983).

[37] "Filártiga vs. Peña Irala" U.S. Court of Appeals, 630 F.2d 876.

of Soviet Socialist Republic"[38] y " Trajano vs. Marcos"[39] entre otros).

La tendencia inaugurada por la jurisprudencia de los EE.UU. también involucró directamente a la Argentina en el "caso Siderman".[40] La demanda exponía dieciocho causas de acción nacidas de la tortura de José Siderman y de la expropiación de sus propiedades por oficiales militares argentinos. La Corte de distrito rehazó las quejas sobre expropiación basada en la doctrina del acto del Estado (*iure imperii*) pero acordó un proceso en rebeldía a José y Lea Siderman en los reclamos relativos a torturas. Nuestro país se presentó por primera vez en el proceso y planteó inmunidad jurisdiccional basada en la citada "FSIA". La Corte de distrito acordó la moción y declaró nulo el juicio en rebeldía. La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno distrito, anuló esta decisión junto a la relativa a la expropiación. Respecto a esto último, el Tribunal actuante

[38] "Von Dardel vs. Union of Soviet Socialist Republic", U.S. District Court, D.D.C. 15/10/1985. En este caso se trataba de una acción de los parientes del diplómatico sueco Raoul Wallenberg contra la Unión Soviética, país que lo había detenido en Hungría en 1945, habiendo muerto en prisión según la versión rusa de causas naturales en 1947.

[39] "Trajano vs. Marcos" . Se trata de una apelación consolidada de cinco casos dirigidos contra Ferdinando Marcos y su séquito. En Trajano la principal demandada era la hija de Marcos, Imee Marcos-Manotoc quien se desempeñó como Directora Nacional de la Kabataag Baranggay, la policía secreta filipina, quien había torturado y asesinado en 1977 a Arquímedes Trajano, hijo de la actora. La sentencia de la Corte de Apelaciones del 9° Circuito, de fecha 21 de octubre acepta a la argumentación del memorial.

[40] Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno distrito, "Siderman de Blake Susana y otros c. La República Argentina" sentencia de 22 de mayo de 1992, publicada en "El Derecho", Tomo 154, p. 103.

afirmó que la Corte de distrito se equivoca en aplicar la doctrina de acto del estado (*iure imperii*) antes que Argentina siquiera hubiera hecho su aparición en el caso: "La carga de probar actos del Estado está puesta sobre la parte que asevera la aplicabilidad de tal doctrina" afirmó el Tribunal. Respecto a la cuestión de la tortura el Tribunal sostuvo que la prohibición contra la "tortura oficial"[41] ha obtenido el status de norma *jus cogens*.

1.3.7. El *"jus cogens"* o derecho imperativo

La universalización de la protección de los derechos humanos constituye otro de los factores que actuan sobre la tradicional noción de soberanía absoluta. En este sentido, corresponde citar al *jus cogens*.

La "Convención de Viena sobre Derecho de Tratados" (1969) en su art. 53 afirma que una norma del *jus cogens* (también llamada "norma perentoria o imperativa" del derecho internacional) es "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". *Jus cogens* se remite entonces al derecho consuetudinario internacional (el descendiente directo de la ley de las naciones) el cual puede ser definido como la práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos con el sentido de una obligación legal.

[41] El término "tortura oficial" pretende abarcar los actos de tortura cumplidos por o bajo la dirección de oficiales del gobierno de un Estado.

La norma *jus cogens* no debe ser confundida con otro tipo de norma propio del derecho internacional y que también tiene su origen en los acuerdos internacionales y el derecho consuetudinario internacional: la norma *jus dispositivum*. Una categoría que refiere a las normas derivadas del consentimiento de los Estados y que se encuentran basadas en el propio interés de los Estados participantes. El *jus dispositivum* obliga sólo a aquellos Estados que consintieron ser gobernados por él. En cambio, el *jus cogens* abarca el derecho consuetudinario considerado obligatorio para todas las naciones y se deriva de valores estimados fundamentales para la comunidad internacional, antes que de las elecciones fortuitas o interesadas de las naciones.

Mientras que el derecho consuetudinario se deriva del consentimiento de los Estados solamente, las normas universales y únicas que constituyen el *jus cogens* trascienden a dicho consentimiento, tal ha sido ejemplificado por las teorías implícitas de los Tribunales de Nuremberg a continuación de la Segunda Guerra Mundial. La legitimidad de las acusaciones en Nuremberg no se apoyaron en el consentimiento de las potencias del Eje o de los acusados particulares, sino en la naturaleza de los actos cometidos por ellos; actos que la ley de todas las naciones civilizadas definen como criminales. Los derechos humanos universales y fundamentales identificados en Nuremberg son los ancestros directos de las normas universales y fundamentales reconocidas como *jus cogens*.

En razón que las normas de *jus cogens* no dependen solamente del consentimiento de los Estados para verse dotadas de fuerza obligatoria, ellas gozan del más alto estatus en el derecho internacional. Así un tratado que contravenga

al *jus cogens* es considerado nulo *ab initio* bajo el derecho internacional.

Entre las normas reconocidas como *jus cogens* cabe citar a las que prohiben la tortura, el genocidio, la esclavitud, el asesinato o la desaparición de personas, la detención arbitraria prolongada y la discriminación racial sistemática. El no cumplimiento del *jus cogens* que, lamentablemente encontramos en la práctica diaria, no resta vigencia a la noción que tratamos. Que los propios Estados se involucran en reiteradas violaciones a los derechos fundamentales del hombre no puede ser puesto en duda. Pero todos los Estados aceptan formalmente que ello es incorrecto, todos los Estados que realizan violaciones las niegan, ninguna nación contemporánea a proclamado un "derecho soberano a torturar a sus propios ciudadanos". En consecuencia, el hecho de que cualquiera de las normas del *jus cogens* sean violadas no disminuye en nada su efecto vinculante. El derecho internacional no reconoce un acto que viola el *jus cogens* como un acto soberano.

Por otra parte, algunos Tratados internacionales sobre derechos humanos instituyen Tribunales con competencia para juzgar sobre violaciones a estos derechos que involucren a algún Estado parte. Es el caso de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" —más conocida como Pacto de San José de Costa Rica— que luego de la reforma constitucional de 1994 fue incorporada a nuestra Constitución con "jerarquía constitucional" (art. 75, inc. 22, CAr). Este instrumento, en su art. 44 concede a "cualquier persona o grupo de personas, o entidad gubernamental legalmente reconocida" la facultad de presentar ante la "Comisión

Interamericana de Derechos Humanos" peticiones que contengan denuncias o quejas de violación, por un Estado parte, de cualquiera de los derechos en ella consagrados. Las peticiones nombradas —en algunos casos— pueden abrir la instancia judicial ante la "Corte Interamericana de Derechos Humanos" contemplada en aquel tratado. Todos estos intentos buscan responsabilizar al Estado por la violación de los derechos humanos prescindiendo del principio de soberanía y no intervención.

1.3.8. Soberanía e integración

A esta altura del recorrido podemos concluir que la noción absoluta de soberanía tomada *ad pedem litterae* —en lo que a la "ingeniería de la integración" se refiere— no sólo supone la inexistencia de una comunidad internacional, en tanto conjunto de Estados soberanos y de un derecho internacional que ligue a estos Estados entre sí. También impide, desde sus raíces, el advenimiento del derecho comunitario debido a que la transferencia de cualquier atributo de soberanía a un organismo comunitario es impensable. Esta transferencia, por ejemplo, se traduce para el Estado miembro en la pérdida del "poder exclusivo" que antes poseía para la sanción de normas aplicables a su territorio, poder que si bien aparecía limitado y circunscrito por obra de algunos Tratados internacionales, nunca antes había tenido por objeto atribuir a un organismo comunitario la facultad de legislar sobre materias de derecho público y privado común.

Como observamos, el dogma de la soberanía absoluta expresado por la teoría clásica, resulta a todas luces incompatible con el desarrollo de una "ingeniería de la integración", se vuelve antagónico a ésta convirtiéndose en un anacronismo ingenuo frente a la actual magnitud de las relaciones internacionales.

Sin embargo, es el propio Bodino —uno de los principales cultores de la noción absoluta de soberanía— quien señala, sin quererlo, la improcedencia de dicha postura cuando en sus escritos sostiene que: "Si decimos que tiene poder absoluto quien no está sujeto a las leyes no se hallará en el mundo príncipe soberano, puesto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos".[42] Como vemos, Bodino menciona la propia Ley internacional —practicada por los pueblos del mundo— como un límite al poder absoluto del príncipe.

Parte de la doctrina señala que la idea de soberanía tiende a ser sustituida por la "cooperación".[43] Las transformaciones operadas en esta noción por el poder reformador del derecho comunitario han inducido a algunos autores contemporáneos a abandonarla como característica del Estado persona del derecho internacional. En su lugar utilizan la palabra "competencia" porque entienden que, en el campo internacional, el Estado no ejerce sino "una atribución de competencias". Otros como **Bordeau**[44] sostienen direc-

[42] Bodino J., op. cit., p.51.

[43] Ver Midón, Mario, *El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur*, publicado en "La Ley", T.1997-B, p.1037.

[44] Bordeau, Georges, *Traité de science politique*, Tomo II, ps. 305 y ss; citado por Zuppi, Alberto, *La noción de soberanía en el nuevo orden mundial*, op. cit., p. 785.

tamente que el término soberanía ya carece de contenido y, por ello, es mejor descartarlo reemplazándolo por "independencia".

Una posición intermedia,[45] puede encontrarse en la postura que divide entre vínculos del derecho comunitario que serían los emergentes de Estados integrantes de comunidades (v.gr. Unión Europea) y vínculos de derecho internacional público que serían los emergentes de Estados asociados en organizaciones internacionales. En el primer caso, las relaciones del derecho comunitario de la integración —según esta postura— no niegan, ni limitan, ni excluyen la soberanía, sino que la ubican en un marco ampliado, donde se extiende o prolonga el poder soberano del Estado en otras materias que no tenía, aunque ahora compatibilizado con el poder soberano de otro Estado miembro. Es decir, la integración aumenta cualitativamente la soberanía de los Estados miembros. En cambio en el segundo caso, es diversa la relación internacional entre Estados respecto de organismos internacioncionales, de donde la vinculación es de independencia o autonomía, más que de soberanía, porque el derecho internacional se subordina directa y automáticamente al derecho interno (v.gr. art. 27, CAr).

Sin embargo, pese a todas estas disecciones, el término soberanía está lejos de ser olvidado por el derecho internacional. Quien supo ser su principal reformador hasta el advenimiento del derecho comunitario, ha acogido en su seno a numerosos acuerdos internacionales donde se le rinden elocuentes honores. Por ejemplo en la "Carta de las Naciones

[45] Dromi, R.; Ekmekdjian, M.A. y Rivera, J. C., *Derecho comunitario. Régimen del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 40.

Unidas" en su art. 2, inc. 1 establece que "la Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros". En similar sentido se expresa la "Carta de Organización de Estados Americanos" en su art. 3, inc. b donde se dice que "el orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados".

Pero aún así, ningún intérprete de estos instrumentos internacionales ha pretendido dar a estos conceptos de soberanía el carácter absoluto que aquélla tenía en la teoría clásica. Esto último estaría en franca contradicción —según lo visto hasta aquí— con toda idea de derecho internacional y aún más, con la esencia misma de cualquier ordenamiento comunitario. Es posible que quizás por ello y para evitar cualquier polémica entorno a la soberanía de los Estados miembros, que en los documentos de la Unión Europea no se menciona a ésta. No podía ser de otro modo, porque tal concepción es contradictoria con la idea de comunidad económica.[46]

1.4. La supremacía constitucional. Función de ordenación. Función fundacional. Función de concordancia

Como adelantamos al inicio de este capítulo, el poder reformador del derecho comunitario no sólo afecta el conocimiento de la soberanía. La noción clásica de supremacía

[46] Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, Depalma, Buenos Aires, Segunda Edición, 1996, p. 13.

constitucional es también objeto de alteraciones en su contenido y alcance. El segundo paso que damos en este recorrido, es en dirección de la Constitución "formal" como expresión mayor de la soberanía y la voluntad del pueblo soberano.

Afirmar que la Constitución es la "norma suprema" (v.gr. art. 31, CAr, art. 137, CPa) implica sostener varias cosas a la vez. En primer lugar, se pretende indicar que las normas constitucionales tienen una "jerarquía" superior a las restantes normas del orden jurídico al que pertenecen. Es decir, las normas constitucionales se ubican, por su naturaleza, en la cúspide de la pirámide jurídica. En consecuencia, constituyen las "normas ordenadoras" de todo el sistema. En segundo lugar, como una derivación lógica de lo anterior, la supremacía de la Constitución implica que ésta es el "fundamento" y la "base" de todo el ordenamiento jurídico-político del Estado. En palabras del profesor **Ekmekdjian**, [47] lo dicho significa que la Constitución "formal" es una "superley" que sirve de marco a todas las restantes normas jurídicas positivas. Por último, el principio que estudiamos refiere a que todas las normas y actos —tanto estatales como privados— que forman el amplio universo del orden jurídico positivo de un Estado, deben adecuarse a la Constitución en su fondo y en su forma; es decir, deben concordar con ella, ser compatibles con ella, tanto formal como materialmente.

[47] Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, Tomo III, ps. 269 y ss.

Como escribe el profesor **Bidart Campos** [48] "la constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber-ser: todo el orden jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal".

En una primer síntesis, podemos sostener que la supremacía de la constitución implica asignar a las normas constitucionales tres funciones íntimamente relacionadas entre sí. La "función de ordenación" mediante la cual las normas constitucionales ordenan y acomodan jerárquicamente todo el bloque de normas inferiores, asignándole a cada norma su lugar dentro del orden jurídico. Esta función implica el gobierno absoluto de las normas constitucionales sobre el resto del conjunto de normas de derecho positivo. La "función fundacional" a través de la cual las normas constitucionales se constituyen en la base y el fundamento de las normas inferiores. Es decir, la normas inferiores existen, son parte de un sistema jurídico sólo porque primero existen las normas constitucionales que dan contenido y forma a ese sistema. Finalmente, la "función de concordancia" que permite a las normas constitucionales dotar de validez a los actos y normas de un orden jurídico. En efecto, las normas constitucionales exigen una "concordancia formal", esto es que la norma o el acto en cuestión sea dictado por el órgano competente y conforme al procedimiento

[48] Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, Tomo I, p. 136.