

El Manejo de las Relaciones Exteriores

La Constitución y la Política Exterior

por

Juan Vicente Sola

a J.S.M.

*il n'est pas facile de
disqualifier une persévérance
inflexible.*

Introducción

Este trabajo pretende explorar las normas con raigambre constitucional referidas al manejo de las relaciones exteriores¹. El tema no es nuevo, Alberdi bosquejó un libro sobre el tema de la política exterior y la Constitución de 1853 que aparece publicado en sus Escritos Póstumos. *"La Política Exterior de la República Argentina según su Constitución de 1853. Aplicable a las Repúblicas de Sudamérica."* Iniciado en 1854 lo continuó más tarde y tiene párrafos escritos hacia fines de 1874. Nunca fue concluido.

"¿Puede un país naciente y desierto casi tener una política exterior? A esto podría responderse con esta pregunta: ¿Puede un país naciente tener otra política que la exterior?"

"El Pueblo, como el hombre que empieza su vida pública, es el que más necesidad tiene de apoyos externos."²

Señalaba entonces que contrariamente a lo dicho habitualmente, de que un país recién constituido y alejado de los centros de poder no debía dedicarse a la política exterior, un país en esas condiciones no podía prescindir de ella. Indica además que la Constitución ya esboza una política internacional. Hoy podemos decir que la Constitución establece ciertos principios aplicables a la política exterior como la defensa de los derechos humanos y de las instituciones democráticas y también indica un procedimiento para la toma de las decisiones internacionales con control parlamentario y judicial.

"He aquí el objeto, la materia de la política exterior americana.

"Consiste en las reglas, en la legislación, en los

¹ El título de esta obra, aunque pudiera parecer equívoco, fue tomado del tratado clásico de Podestá Costa. cf. PODESTA COSTA - RUDA, Derecho Internacional Público. Buenos Aires, TEA. 1984. tomo I. p. 630

²cf. ALBERDI, J.B. "Política Exterior Argentina según la Constitución de 1853.". en Escritos Póstumos de.. Imprenta Europea. 1896. T. III p. 10.

actos dirigidos a desarrollar y agrandar más y más la afluencia de capitales, de las poblaciones, del comercio, y de la marina de la Europa, hacia los países nacientes y despoblados de la América del Sur."³

Es nuestra intención definir los instrumentos que se utilizan en la definición y ejecución de la política exterior. Cada decisión política es un acto complejo, esas complejidades provienen de normas que ordenan, limitan y controlan el comportamiento de gobernantes y funcionarios. El objetivo de esas normas es asegurar el cumplimiento de los requisitos del estado de derecho dentro de la administración al mismo tiempo que el respeto de los derechos de los habitantes y la transparencia de los actos públicos.

En la política exterior esas normas están en la Constitución y también en el derecho internacional vinculante a nuestro país.

Toda acción política requiere de instrumentos para actuar, la Constitución los establece incluso para la política exterior. Entre éstos aparece el servicio exterior como una organización con raigambre constitucional. Su existencia no proviene de una creación legal exclusivamente sino que al estar nominada en la constitución que establece un procedimiento en ella para la designación de sus más altos funcionarios. La legislación sólo reglamenta y organiza una institución establecida por la ley fundamental.

Este es un tema donde el contacto entre el derecho interno y el derecho internacional es amplio. Las relaciones diplomáticas y consulares son temas que han estado en el origen del derecho internacional y han sido los primeros temas en codificarse. El derecho comparado presenta una inusual similitud al referirse a estos puntos ya que la organización de los servicios diplomáticos y la aprobación de tratados internacionales tienen elementos comunes en todos los sistemas democráticos del mundo. Aparecen particularmente en este tema de las relaciones exteriores los principios generales de derecho interno como una fuente de

³cf. ALBERDI, J.B. "Política Exterior.." op.cit. p. 12.

derecho internacional. Dicho esto, para interpretar las bases constitucionales del manejo de las relaciones exteriores se requiere un cotejo del derecho constitucional comparado, particularmente de los sistemas presidenciales

El derecho comparado debe estar dirigido particularmente hacia los Estados Unidos, ya que ha sido en este tema, como en muchos otros fuente de nuestra constitución. Podemos recordar con Biscaretti di Ruffia que,

*"si se toma en cuenta que el cotejo sistemático con los ordenamientos extranjeros, especialmente si provienen de la misma cepa genealógica, podrá facilitar la identificación de principios que hasta entonces habían permanecido latentes y casi ocultos a los comentadores analíticos del propio Estado."*⁴

El control parlamentario de las decisiones de la política exterior debe tener una consideración prioritaria. La acción del Congreso, tanto a través de la legislación en materia de relaciones internacionales como del control político de la política aplicada es de la esencia del sistema democrático. Se requiere hacer compatible esta actividad primordial con las características de celeridad y discreción propias de las relaciones exteriores. Asimismo el control democrático se ejerce con el acuerdo del Senado para ciertos nombramientos en el servicio exterior. En la interpelación simple a los ministros y en la responsabilidad política del jefe de gabinete

El federalismo incorpora nuevos elementos a las relaciones exteriores. Un Estado federal como la Argentina no puede ignorar que las provincias pueden transformarse en actores internacionales dentro de las competencias que le son propias. Inclusive pueden llegar a ciertos acuerdos con el consentimiento del Congreso con actores de la comunidad internacional. La función en estos casos del gobierno federal debe ser la de coordinación y asesoramiento, para evitar que estas acciones sean contrarias a la política exterior o estén fuera de las competencias de los gobiernos provinciales.⁵

⁴BISCARETTI DI RUFFIA, P. Introducción al derecho Constitucional Comparado. Fondo de Cultura Económica. México. 1975. p. 14.

⁵ Se remite para este tema al Capítulo VI.

Las fuentes de derecho en las relaciones exteriores son el derecho internacional y el derecho constitucional interno de cada país. Cada Estado reglamenta la manera en que se inserta en la comunidad internacional, como se organiza el manejo de sus relaciones con los otros Estados y se defienden sus intereses. Estas normas se establecen dentro del marco creado por el derecho internacional. A través de la interpretación deben evitarse los conflictos entre las normas de distinto origen. No es este el único tema en que aparecen conflictos entre la Constitución o las leyes y los tratados o la costumbre internacional, pero es donde aparecen con mayor asiduidad. Trataré de referirme particularmente a la Constitución y la política exterior sin ignorar que existen tratados internacionales específicos sobre la materia, como las Convenciones de Viena de Relaciones Diplomáticas y Consulares. Pero son temas probablemente demasiado estudiados y falta saber cuales son las reglas que los argentinos hemos puesto en la Constitución y como deben interpretarse. Particularmente luego de la nueva doctrina establecida por la Corte Suprema y la reforma Constitucional de 1994. Corresponde, pues, analizar la compleja relación entre la política exterior, la democracia y el estado de derecho. Quizás esta decisión este influida por mi carrera, ya que la tarea del diplomático es la de defender el honor, los intereses y la cultura de la Nación entre los que está el derecho.

El manejo de las relaciones exteriores está en la esencia de la naturaleza estatal, es la consecuencia de su independencia política y su soberanía. Estas normas rigen dentro de un marco en que existen otras naciones y que reconoce la existencia del derecho internacional. La Constitución incorpora a los tratados dentro de la ley suprema de la Nación, concepto que también incluye a la costumbre internacional, y considera que *tienen jerarquía superior a las leyes*⁶. Menciona también la existencia del

⁶ Artículo 75,inc. 22 en su redacción luego de la reforma de 1994. La Corte Suprema había llegado a una conclusión similar durante la vigencia de la Constitución histórica en los fallos *Fibraca* y *Cafés "La Virginia"*.

derecho de gentes, en el antiguo artículo 102⁷. Frente a ellos sólo se oponen los principios de derecho público de la Constitución como prevalecientes a la conclusión de un tratado internacional.

Dentro del derecho internacional y en asociación con los "*principios de derecho público de esta Constitución*" que menciona el artículo 27, están los principios generales de derecho que son

*"principios reconocidos por las naciones civilizadas y que obligan a los Estados aún fuera de todo ligamen convencional."*⁸

Es el derecho internacional que reconoce que el manejo de las relaciones exteriores está asociado al concepto de soberanía y así lo reconoció la Corte Internacional de Justicia que dijo en el caso de Nicaragua que "*la formulación de las relaciones exteriores*" era una "*de las materias a propósito de las cuales el principio de soberanía de los Estados permite a cada uno de entre ellos a decidirse libremente.*"⁹

La idea de *soberanía* es de definición compleja y ha tenido una profunda evolución desde que Bodin lo utilizó para fundamentar un poder real absoluto frente a la anarquía de las guerras de religión. ¹⁰Podemos decir que lejos oponerse o de excluirse con el derecho internacional se complementan. En realidad, el derecho y todas las organizaciones internacionales están basados en la soberanía de los Estados. Un orden jurídico donde no existiera la soberanía de sus miembros no sería la comunidad internacional sino una federación o la organización interna de una entidad soberana. Para algunos optimistas el último progreso del derecho internacional lo llevaría a su extinción y sería reemplazado por derecho mundial donde un legislador único daría las normas para todos, es decir, un derecho interno a escala mundial.

⁷ Actual artículo 118.

⁸ Corte Internacional de Justicia. caso "Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio." Recueil- 1951, p. 23.

⁹ cf. C.I.J. "Recueil.", año 1986 p. 108 # 205.

¹⁰ "La soberanía, según Bodin, es absoluta, perpetua, indivisible y carece de limitaciones que no sean las impuestas por la naturaleza y por las leyes de Dios." cf. VEDIA Y MITRE, M. Historia General de las Ideas Políticas. Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1946, T. VII p. 23.

El concepto de soberanía es esencial a la existencia del derecho internacional. Aún cuando en el ambiente internacional existan actores diferentes al Estado, éste es el principal regulador del comportamiento internacional, es quien concluye tratados y quien crea la costumbre. La soberanía del Estado no es otra cosa que la constatación de la ausencia de un super-Estado. Hasta su hipotética creación el Estado no reconoce autoridad que sea superior a él. De esta manera el concepto de soberanía es una noción formal, es un atributo del Estado. Este poder soberano significa en realidad un Estado sometido al derecho. Por lo tanto, si bien un Estado es libre en la conducción de sus relaciones exteriores y que la política exterior es un conjunto de decisiones políticas guiadas por consideraciones de oportunidad, no es menos cierto que éstas se desarrollan en un orden internacional al cual deben conformarse.

Más allá de la lógica jurídica que nos impone la inserción del derecho interno dentro del derecho internacional, ésta surge también de una práctica universal que desde origen del Estado moderno reconoce que la comunidad internacional tiene un orden jurídico. Dentro de los límites que impone el derecho internacional cada Estado organiza libremente sus relaciones con los otros sujetos de derecho. Esta organización tiene su fuente jurídica en la Constitución, la costumbre, y en las leyes y reglamentos.

La Constitución es un documento principal en la organización y manejo de las relaciones exteriores. Es a través de ella que el Estado se asocia al orden jurídico mundial. Es la Constitución la que determina las condiciones de participación del Estado en las relaciones internacionales. Es ella la que designa quien o quienes tendrán a su cargo la conducción de las relaciones exteriores. Define los procedimientos, las reglas de fondo y los principios que éstos órganos deberán respetar. Al mismo tiempo determina, dentro del orden jurídico interno, los principios con los que se resolverán los eventuales conflictos entre el derecho interno y el derecho internacional. Establece también las condiciones en las que los jueces nacionales aplicarán el derecho

internacional. Las leyes y reglamentos cumplen una función de completar las normas constitucionales e internacionales.

Estos principios jurídicos tienen también una dimensión ética. Dentro de un Estado de derecho, la Constitución es un instrumento de moralización del poder, que incluye la defensa de los derechos humanos, mantenimiento de una conducción racional de las relaciones exteriores, defensa de un orden ético internacional que denuncie, por ejemplo, una guerra de agresión. A estos principios comunes a todo Estado de derecho, se agregan los establecidos específicamente en nuestra Constitución como la defensa de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno.

I. La distribución de competencias en materia de Relaciones Exteriores.

La conducción de las relaciones exteriores está confiada a un número de limitado de personas: jefes de estado, primeros ministros, ministros de relaciones exteriores, funcionarios del servicio exterior, que tienen invariablemente dos características, son órganos del estado y pertenecen siempre al poder ejecutivo. Estas características son universales. Señalan una especificidad orgánica esencial de la actividad externa del Estado, es una actividad centralizada y existe un órgano privilegiado: el Poder Ejecutivo. Las relaciones exteriores son un monopolio del Estado. La guerra y la diplomacia son actividades cuya dirección ha ejercido el ejecutivo tradicionalmente, por sus características de celeridad, información y reserva. Esta centralización es antigua y las relaciones exteriores eran probablemente la función tradicional de reserva del soberano. Su manejo se confundía con el ejercicio de la función de gobierno, el ministro encargado de ellas era llamado simplemente Ministro de Estado. Este nombre de uso habitual en el siglo XVIII es mantenido en los Estados Unidos y en la Santa Sede. En América Latina se utiliza el nombre de "Canciller", habitual en las monarquías de los siglos XVII y XVIII para indicar al funcionario más importante de la Corona.

Fue en 1626 cuando el Cardenal Duque de Richelieu instituye un Secretario de Estado para Asuntos Exteriores separándolo de la función del primer ministro. Coincide con el establecimiento de un ejército real en oposición del ejército feudal habitual hasta el siglo XVI. Atrás quedan regímenes privados como el de las capitulaciones y de los adelantados que caracterizaron la Reconquista española y el comienzo del dominio imperial en América.

La centralización de las relaciones exteriores en manos del Estado es uno de los elementos del Estado moderno. En nuestra Constitución histórica aparecían mencionadas dos instituciones de la actividad privada en las relaciones

exteriores, las patentes de corso y las cartas de represalias. Fueron abolidas por la Convención de París de 1856. Ultimo elemento de una actividad semi oficial, los cónsules honorarios desaparecieron de nuestro servicio exterior en 1948.

Esta idea de la exclusión de los particulares de toda participación en el manejo de las relaciones exteriores está asimismo asociada a la concepción existente en el derecho internacional clásico que atribuía personalidad jurídica exclusivamente al Estado. Por este motivo se eliminó de las relaciones jurídicas internacionales a todo otro sujeto de derecho. A pesar de que la teoría moderna ha ampliado la concepción de sujeto de derecho internacional e incluye a otras entidades diferentes al Estado, se mantiene una exclusión para el manejo de las relaciones exteriores a toda entidad no estatal. Es decir, particulares y estados miembros de organizaciones intra estatales. En los Estados Unidos existe una prohibición tradicional establecida en la Logan Act del 30 de enero de 1799 que impide a un ciudadano americano mantener contactos, correspondencia, o relaciones con un gobierno extranjero relativas a las relaciones entre ese gobierno y el gobierno de los Estados Unidos.

En la Argentina la intromisión de particulares en la actividad diplomática podría estar encuadrada en el Capítulo denominado *Usurpación de Autoridad, Títulos u Honores* del Código Penal¹¹. El monopolio gubernamental en la conducción de las relaciones exteriores no encuentra excepción siquiera para los funcionarios en el caso que negociaran fuera de sus instrucciones y en contra de los intereses del país¹².

Se plantea el caso de las grandes empresas multinacionales, públicas o privadas, tiene una personalidad

¹¹ En particular sería aplicable el art. 246 inc. 1 que reprime al *que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente*. El inc. 2 reprime al *que después de hacer cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciendolas*. Finalmente el inc. 3 reprime al *funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo*.

¹² El artículo 225 del Código Penal dice: “*Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que, encargado por el gobierno argentino de una negociación con un Estado extranjero, la condujere de un modo perjudicial a la Nación, apartándose de sus instrucciones.*”

internacional restringida. De ninguna manera pueden ser sujetos de derecho internacional en el mismo nivel que los Estados o las organizaciones internacionales. Aún con el enorme poder que ejercen, su status internacional es mínimo comparado con el conferido a las grandes compañías poseedoras de patentes, concesionarias de derechos reales que ejercían en las relaciones exteriores de los Estados una función de igual importancia que los servicios exteriores de los monarcas que les habían otorgado licencia.

Basta recordar la Compañía de las Indias orientales, (la famosa *East India Company*) que controló el subcontinente, con ejércitos y funcionarios propios, hasta la creación del Imperio de la India en 1874. Por los poderes que las cartas patentes les reconocían estas grandes compañías fueron en un momento de la historia colonial europea, los verdaderos órganos de las relaciones exteriores del Estado. La constitución del monopolio del Estado sobre las relaciones exteriores puso fin a todas las formas de delegación de funciones en operadores particulares.

Dicho esto no debe dejar de reconocerse que los particulares se asocian en grados diversos a las relaciones interestatales, particularmente en el comercio exterior y en la política de inversiones. La presencia habitual de los administradores de grandes empresas en los viajes al exterior de los jefes de Estado demuestra que *“la separación del interés de los individuos y del interés del Estado no corresponde más a la realidad”*,¹³ La realidad indica que el interés nacional, o el interés del Estado, es la suma de los intereses particulares. En gran cantidad de casos, empresas han puesto sus actividades bajo la sombra protectora internacional del Estado. De esta manera la acción diplomática forma parte de las estrategias industriales y de inversión que cada gran empresa tiene. Ya sea que se adelante a la actividad empresaria en la apertura de relaciones económicas, o apoyándola en la protección de nuevos mercados, o aún en la determinación de entrenamientos políticos como es el caso de cierre de una embajada o el enfriamiento de relaciones, el Estado no está

¹³ cf. la opinión del Juez André Gros en el caso “Barcelona Traction Light and power Co.” C.I.J. Recueil 1970, p. 269.

ausente de las actividades internacionales de los particulares. Al mismo tiempo los intereses empresarios pueden determinar la política exterior.¹⁴

Los acuerdos que se concluyen entre particulares y gobiernos extranjeros, aún en el campo de inversiones internacionales, no son tratados sino contratos. Son materia reglada por el derecho internacional privado. Son actos convencionales reglados por normas jurídicas de origen interno y cuya ejecución depende de la existencia de un sistema judicial y de una autoridad de aplicación. Es el caso de una empresa que concluye un contrato con un Estado, en el texto del contrato se declara aplicable el derecho y la jurisdicción de los tribunales de un tercer Estado. En el caso de inversiones es habitual que sean los del Estado de Nueva York.¹⁵ Estas situaciones dieron lugar a que autores consideraran la existencia de un derecho transnacional, es el caso de Philip Jessup y Prosper Weil. Sin embargo es preferible aplicar la doctrina tradicional que considera que sólo existen ordenamientos jurídicos aplicables, el derecho internacional, o el ordenamiento interno de un Estado.¹⁶

La distribución de competencias en materia de política exterior no está divorciada de los principios sobre separación de poderes y de la organización federal en los que está basada nuestra Constitución, aunque existen elementos propios de la política internacional que imponen matices a la distribución de competencias y la organización de controles establecidas en el texto constitucional. Uno de ellos es la existencia del derecho internacional . El otro es la naturaleza propia de las relaciones internacionales que ha llevado a la Suprema Corte de los Estados Unidos a sostener que el principio de derechos enumerados como límite de la competencia federal no se aplica a las relaciones internacionales. ¹⁷

En el manejo de las relaciones exteriores la autoridad política está radicada en el Presidente y en el Congreso, que

¹⁴ cf. para este tema MERLE, M. *La Politique Etrangère*. P.U.F. 1984.

¹⁵ cf. SOLA, J.V. "Derecho aplicable y jurisdicción en los acuerdos de prestama entre bancos privados y Estados." *El Derecho*, revista del 7-VIII-1985.

¹⁶ cf. en este sentido los fallos sobre los Empréstitos serbios y los Empréstitos brasileños de la C.P.J.I.

¹⁷ *United States v. Curtiss - Wright Export Corp.* 299 U.S.304, 57 S.Ct. 216, 51 L.Ed. 255, en 1936.

actúan en algunos casos independientemente y en otros en forma conjunta. En esta función tienen los mismos poderes que el derecho internacional reconoce a todo Estado soberano. Algunas de ellas corresponden al Presidente, otras al Congreso, otras al Presidente con el Senado, otras, finalmente al Presidente y al Congreso. El Congreso puede aprobar o rechazar los tratados concluidos por el Presidente, el Senado puede no prestar acuerdo a la designación de los principales diplomáticos y los tratados pueden entrar en contradicción con las leyes.

El manejo de las relaciones exteriores estuvo firmemente enraizado en nuestra historia constitucional. Fue esa competencia la que distinguió al gobierno de Buenos Aires, particularmente al de Rosas, del resto de los gobiernos provinciales. Fue esa institución la que creó el esbozo de una autoridad nacional durante el largo periodo anterior a 1853. Gran parte del debate entre 1854 y 1859 entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires se concentró en el reconocimiento exterior de esos gobiernos.

Era normal pues que los constituyentes argentinos, siguiendo el ejemplo de los norteamericanos, consideraran función primordial del gobierno federal el manejo de las relaciones exteriores y particularmente que el Presidente fuera un actor central en ellas. Tenían también la concepción que las relaciones exteriores consistían fundamentalmente en la declaración de guerra y en la conclusión de tratados internacionales. Esta concepción fragmentaria de las relaciones internacionales, que contrasta con la situación actual, ha hecho que, haya habido una evolución en cuanto a las competencias de cada poder mucho más dinámica que en las demás funciones gubernamentales. Esta distorsión ha favorecido al gobierno central en general y en particular al Presidente. Ella ha sido el origen de la disputa por las competencias entre el gobierno federal y algunos gobiernos provinciales y sobre todo entre el Congreso y el Presidente ocurrida en los últimos años.

La explosión de la realidad internacional ha superado las iniciales categorías constitucionales, lo cual hace que algunas interpretaciones demasiado rígidas, particularmente

en lo que hace a la naturaleza de los tratados y a la existencia de nuevos sujetos de derecho que surgen de la realidad internacional, deban ser reinterpretadas.

Este cambio en la realidad social e internacional requiere un fortalecimiento del control democrático a cargo fundamentalmente del Congreso, la interpretación de sus funciones deben reconocer su participación cotidiana en las decisiones oficiales.

La división de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo han tenido en el tema de las relaciones exteriores un origen distinto al de la triada clásica. Los Constituyentes de Filadelfia, y también los de Santa Fe, tuvieron presente en este tema más a Locke que a Montesquieu. Este reconocía otro poder además del Legislativo y del Ejecutivo que llamó "Federativo" a falta de otro nombre mejor. Dice:

"Cap. XII. El Poder Legislativo, Ejecutivo y Federativo en el Estado. "

"145. Hay otro poder en cada Estado (commonwealth), que podemos llamar natural, porque se refiere al poder que cada hombre naturalmente tenía antes de entrar en la sociedad. Porque aún cuando en un Estado sus miembros son personas diferentes.. pero con referencia al resto de la humanidad, forman un sólo cuerpo.. Así bajo esta consideración la comunidad íntegra es un cuerpo en el estado de Naturaleza con respecto a todos los otros estados o personas fuera de esta comunidad."

"146 Este, por lo tanto, contiene el poder de guerra y paz, ligas y alianzas, y todas las transacciones con personas y comunidades fuera del Estado, y puede ser llamado federativo y a alguien le agrada yo soy indiferente al nombre."¹⁸

¹⁸cf. "LOCKE, J. Segundo Ensayo concierne al gobierno civil. en Great Books. T. 35, pp. 58, 59. University of Chicago. Chicago 1952. Traducción del autor.

A. El Poder Ejecutivo.

La dirección de las relaciones exteriores se caracteriza principalmente por la exclusividad de la competencia de los órganos del Estado. Pero se caracteriza también y particularmente por la función privilegiada que tiene el Poder Ejecutivo. Al exponer los principios democráticos en esta materia surge una paradoja según la cual la democracia se aplicaría para los asuntos internos pero hacia el exterior subsisten reminiscencias de un poder regalista. La conducción de las relaciones exteriores conserva cierto comportamiento monárquico. Aparece como la función de uno sólo y no la de muchos.

El problema fue considerado por los creadores del pensamiento democrático. Para Rousseau el conflicto entre la teoría democrática y el control de las relaciones exteriores no se planteaba, ya que los actos de política exterior “no son actos de soberanía sino de gobierno”¹⁹

*“lo que interesa esencialmente a cada ciudadano es la observación de las Leyes del interior, la propiedad de los bienes, la seguridad de los particulares, “ y concluía “en la medida que todo funcione bien en estos tres puntos, dejad a los Consejos negociar y tratar con el extranjero, no es de ese sector de donde vendrán vuestros peligros más temibles.”*²⁰

Esta actitud de cierta despreocupación de los problemas internacionales aparece también en el discurso de despedida de Washington.

En el *Segundo Ensayo sobre el gobierno civil*, John Locke es el primero en señalar al manejo de las relaciones exteriores como un requisito natural de la existencia del Estado, y separado del poder Ejecutivo.

¹⁹ ROUSSEAU, J.J. “Lettres écrites de la Montagne (VII)”, en Ecrits Politiques. La Pleiade. Gallimard. p. 826.

²⁰ . ROUSSEAU, op.cit. p. 827.

“Los Estados se encontraban en un estado de naturaleza con referencia a todos los demás o a las personas que los integran, existe en cada uno de ellos un poder que se puede llamar natural, porque corresponde a una facultad que poseía naturalmente cada hombre antes de entrar en la sociedad.”²¹

Este poder que llamó *federativo* comprendía el derecho de paz y de guerra, formar ligas o alianzas y negociar con las personas y las comunidades extranjeras. Los dos poderes del Ejecutivo y del federativo son diferentes en sí mismos. A uno le concierne la aplicación de las leyes en el interior de la sociedad mientras que el otro está encargado de la seguridad y de los intereses exteriores de la sociedad que pueden ser útiles o dañinos.

En la medida en que las relaciones internacionales han aumentado considerablemente se limita la diferenciación entre interno y externo y la preponderancia del ejecutivo en el manejo de las actividades exteriores pierde su fundamento.

Estos dos poderes descritos por Locke, conceptualmente distintos, han estado reunidos en la práctica. La explicación dada por Locke a este fenómeno era que tanto uno como el otro implican en su ejercicio la posibilidad de la utilización de la fuerza. Como era imposible confiar el uso de la fuerza del Estado a distintas personas sin que existiera subordinación entre ellas y que pudieran actuar separadamente, se unieron estos dos poderes en uno.

No hay duda que la figura principal en el manejo de las relaciones exteriores es el Presidente. Esta gestión la ejerce con el Jefe de Gabinete de Ministros y el Ministro de Relaciones y Culto que en nuestro sistema integra, con los demás ministros el Poder Ejecutivo.²²

²¹ Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil, cap. XII * 145.

²² MARIENHOFF, señala correctamente que *“aun en el supuesto de que, haciendo valer sus atribuciones, el Presidente de la Nación separa de su cargo al ministro que se niegue a refrendar su firma, va de suyo que, por imperio de la Constitución, para la regularidad del acto del Ejecutivo, el Presidente deberá indefectiblemente designar otra persona para que actúe como ministro en el caso dado, lo que significa que esa función, en su expresión escrita, requiere la intervención mínima de dos personas: el Presidente y el respectivo ministro.”* Tratado de Derecho Administrativo, tomo I p. 498. En el mismo sentido pueden consultarse, FERREYRA, R. Derecho Administrativo General y Argentino. Buenos Aires, 1866 p. 200, MATIENZO, J. N. Derecho Constitucional t. 2 p. 117 118, La Plata 1916. SANCHEZ VIAMONTE, C. Manual de Derecho Constitucional. Buenos Aires, 1958, p. 296.

Las principales funciones del Presidente de donde obtiene su preeminencia en el tema son la comunicación que mantiene con gobiernos extranjeros y la representación que ejerce de la República en el exterior. Esta función se ve completada con el Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas. Estas funciones lo distinguen del resto del gobierno federal. Es impensable una diplomacia ejercida directamente por el Congreso. El Presidente está permanentemente en ejercicio de sus funciones, no en sesiones como el Congreso y puede además actuar en forma rápida y discreta. De esta manera además de las funciones que se le han concedido en forma expresa por la Constitución tiene un poder residual que ha acrecido considerablemente con el tiempo que surgen de la propia naturaleza del manejo de las relaciones exteriores.

Este poder ha surgido entre las líneas de la Constitución. No es un elemento autoritario, sino propio de las características de la política exterior donde es necesario tomar decisiones en forma rápida, participar en organismos multilaterales, negociar en forma discreta entre otras muchas cosas. El Presidente, Jefe del Gabinete y el Canciller cumplen esta función dentro de la legitimidad democrática y con un control general del Congreso. Estas funciones no las ejerce el Presidente sino en forma mediata, son llevadas a cabo en su nombre fundamentalmente por el Servicio Exterior, pero son constitucionalmente atribuidas al Poder Ejecutivo, es decir al Presidente, Jefe de Gabinete y ministros.

El lugar privilegiado del Presidente de la Nación en el manejo de las relaciones exteriores ha llevado a alguna doctrina francesa, luego de 1958, a considerar que existe un “dominio reservado” del jefe de Estado en estos temas por oposición al “dominio vigilado” (*domain surveillé*) que son los temas que el gobierno dirige bajo su atención (economía, finanzas) y el “dominio delegado” que concierne a los temas de la administración general. Esta doctrina, a pesar de su atractivo intelectual, es inexacta desde el punto de vista jurídico ya que la Constitución reconoce al gabinete de ministros y al Poder legislativo funciones internacionales indeclinables e intransferibles.

Al mismo tiempo la concepción de un “dominio reservado” da una imagen de preeminencia del Presidente que es jurídicamente inexacta y políticamente ineficaz. Ningún dominio reservado impide la existencia de la responsabilidad ministerial ni el comité parlamentario. Las características de estar siempre en sesión es la causa del predominio presidencial, esta situación se hace mas evidente durante las crisis.

En Francia, a pesar de la transferencia de poder del Presidente hacia un gabinete responsable ante el parlamento durante la III República, el Presidente conservó el poder de influir directamente sobre la designación del Ministro de Asuntos Exteriores. Particularmente, el Presidente Poincaré tuvo una acción decisiva durante la Primera Guerra Mundial tanto en sus inicios como en la designación de Clemenceau como presidente del Consejo de ministros en los momentos de mayor crisis de la guerra.

Esta supremacía presidencial en el manejo de la política exterior no es fortuita, por una parte aparece en la Constitución donde el Presidente, aún después de la reforma de 1994, es el jefe de la diplomacia y jefe de las fuerzas armadas. A estas normas debemos agregar la organización burocrática, un servicio exterior centralizado que concentra la actividad de negociación sin que aveces exista un adecuado control parlamentario. Este conjunto de causas conforma una concepción monárquica del poder político.

El presidente como garante.

Por ser quién ratifica los tratados internacionales el Presidente es el garante de su respeto. Es el principal obligado en el cumplimiento de las normas respectivas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.²³ Particularmente es quién debe velar porque los tratados en vigor sean cumplidos de buena fe, artículo 26, y que no pueda invocarse las disposiciones de derecho interno para justificar la no ejecución de un tratado, artículo 27.

²³ cf. Sección I, Parte III, Observancia de los tratados.

Con respecto a la defensa de la integridad territorial competencia característica del poder presidencial, nuestra Constitución no establece normas sobre ella, salvo la disposición transitoria sobre las Islas Malvinas en 1994²⁴. Sólo aparece la referencia del artículo 75 inc. 15 dentro de las competencias del Congreso de *“arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación..”* De esta manera la función del Presidente como garante de la integridad territorial es concurrente con el Congreso.

La concepción del Presidente como garante de la integridad territorial aparece tempranamente en nuestro derecho público. En la Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América de 1819, el juramento del Director del Estado incluía la frase *“y conservaré la integridad e independencia del territorio de la Unión.”*

En la asunción presidencial de Bernardino Rivadavia en 1825 jura:

*“que desempeñaré fielmente y con arreglo a las leyes el cargo de Presidente de las Provincias Unidas del Río de la Plata., y que defenderé y conservaré la integridad e independencia del territorio de la Unión, bajo la forma representativa republicana.”*²⁵

Antecedente de una referencia a la extensión territorial se puede mencionar la Constitución del Estado de Buenos Aires, independiente y separado de la Confederación Argentina, de 1854. En su artículo 2 se establecen las fronteras del nuevo estado.²⁶

²⁴ **Primera.** La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del Derecho Internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.

²⁵ Citado por ALBERDI, J.B. Obras Escogidas tomo III, “Luz del Día” Buenos Aires, 1953. p.5. Agrega: *“Cuando Rivadavia prestaba juramento, todavía no se había dado Constitución General. No se sabía aún si ella sería federal o unitaria. Sin embargo la Nación existía con un territorio indivisible, cuya integridad juraba defender el jefe supremo de la Nación (título que daba al presidente la ley del 6 de febrero de 1826.)*

²⁶ Constitución del Estado de Buenos Aires del 11 de abril de 1854. Art. 2. *“Sin perjuicio de las cesiones que puedan hacerse en Congreso general, se declara que su territorio se extiende norte sud desde el Arroyo del Medio hasta la entrada de la cordillera y del mar, lindando por una línea al oeste sudoeste y por el oeste con las faldas de las cordilleras y por el nordeste y este con los ríos Paraná y Plata y con el Atlántico, comprendiendo la isla Martín García y las adyacentes a sus costas fluviales y marítimas.”*

Existe también la obligación de todo ciudadano “*a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución.*”²⁷ con lo que el “*tuitio regni*” medieval pasa del rey (jefe de Estado) al pueblo.²⁸

Dentro de la competencia del Presidente como garante de los tratados internacionales está la de asegurar que la legislación interna sea compatible con éstos. Es decir que el Presidente deberá oponer su veto a la legislación que sancione el Congreso y que fuera incompatible con los tratados que la Nación fuera parte.

La función de representación.

El monopolio del Estado en la conducción de las relaciones exteriores se estructuró en los siglos XVI y XVII por medio de la centralización de todos los poderes de representación diplomática en beneficio del monarca. El soberano, investido de un derecho de representación universal, era el órgano único de las relaciones internacionales del Estado, todo pasaba a través de él y nada podía realizarse sin él. Toda negociación requería de un mandato expreso de su parte, (cartas credenciales, pleno poderes) y para que el resultado de la negociación vinculara al Estado el monarca debía confirmar expresamente la tarea cumplida por los negociadores, es el origen de la ratificación.

Elementos de esta tradición monárquica quedan en las constituciones republicanas, como fósiles políticos que sobreviven a su arcaico origen. Originalmente fue la Constitución de los Estados Unidos que adoptó algunas normas que provenían de las costumbres regalistas. De esa tradición aparece la teoría, en gran medida abandonada, del Presidente como órgano único (*sole organ*) en el tema de las relaciones exteriores. Formalmente toda la actividad diplomática pasaba por las manos del jefe de Estado, pero esta centralización se ha transformado en

²⁷ cf. Artículo 21 de la Constitución Nacional.

²⁸ Este principio tiene también su antecedente en la Constitución Francesa de 1793: “*Todos los franceses son soldados, todos serán ejercitados en la defensa de las armas.*” cf. SECO VILLALBA Fuentes de la Constitución Argentina. Buenos Aires 1943 p. 156.

extraordinariamente pesada, ya que, por razones prácticas o simplemente técnicas, los Estados han tenido la necesidad de procedimientos menos rígidos y de menor extensión. Al mismo tiempo las sociedades democráticas requieren un control más eficaz que el que pueda cumplir el presidente por sobre los funcionarios diplomáticos que cumplen sus instrucciones.

La solemnidad y lentitud de los procedimientos de confección de un tratado internacional aparecen como inadecuadas para responder a las necesidades de rapidez de la diplomacia contemporánea. Otros tipos de acuerdos, abreviados o simplificados, se concluyen con la aprobación gubernamental exclusivamente. El problema reside en asegurar la rapidez de la actividad diplomática sin debilitar el control parlamentario y la participación popular.

La representación del jefe de Estado en las relaciones internacionales no es exclusiva, aunque es preponderante, ya que es a través de su intermedio que el Estado entra en relación con los demás Estados. Es él quién acredita a los embajadores y enviados extraordinarios ante las potencias extranjeras y organismos internacionales. Es él quién recibe a los diplomáticos acreditados ante su gobierno. En este punto si bien el Jefe de Gabinete de ministros es jefe de la administración pública, el presidente conserva un derecho de supervisión ya que todos los diplomáticos que requieran acuerdo del Senado necesitan de un decreto firmado por el Presidente de la República.

Las funciones que la Constitución enumera para el Presidente en materia de relaciones exteriores son escasas, declarar la guerra luego de la autorización del Congreso, hacer la paz, concluir y firmar tratados; ratificarlos luego de la aprobación del Congreso; nombrar ministros plenipotenciarios y cónsules, recibir los diplomáticos extranjeros. Estas funciones son sumamente breves. La negociación y firma de tratados es una tarea importante pero ocasional, el nombramiento de diplomáticos no pareciera diferenciarse de otros cargos de la administración. Aún así estas funciones tienen efectos luego de la aprobación del

Congreso en el primer caso y con el acuerdo del Senado en el segundo. La recepción de diplomáticos extranjeros es una función del Presidente en su carácter del Jefe de Estado mas que como Jefe de la Administración, es una tarea más ligada a la representación que ejerce dentro del derecho internacional que a la que corresponde al derecho interno. Pero es como consecuencia de estas normas escuetas que se ha creado la función del Presidente como principal actor de la política exterior.

La competencia para nombrar y recibir embajadores y otros diplomáticos implica la de reconocer Estados y gobiernos extranjeros y establecer relaciones con ellos. Supone también la modificación o terminación de esas relaciones al declarar persona *non grata* a un embajador o diplomático extranjero o al retirar un embajador propio. Puede cerrar embajadas y consulados y romper relaciones diplomáticas. Al poseer estas competencias amplias se infiere que posee otras menores, con las relaciones diplomáticas aparecen las comerciales, culturales, militares y todas las demás posibles. Al designar representantes en organismos internacionales participa en la toma de decisiones de estos mismos y las lleva adelante.

El Presidente *“concluye, y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras.”*

Asimismo como jefe de Estado ratifica los tratados internacionales. Esta competencia presidencial va también en dos sentidos, ella puede vincular al Estado a través de la ratificación o liberarlo de sus obligaciones por la denuncia.

La participación activa de los jefes de Estado en negociaciones internacionales ha creado la llamada diplomacia de cumbres. El Presidente participa en negociaciones con jefes de Estado, este procedimiento está institucionalizado en las reuniones cumbre del MERCOSUR, que se realizan por lo menos dos veces por año. Al mismo tiempo la apertura de las sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas reúne a jefes de Estado en Nueva York. La participación exclusiva y activa del Presidente en este tipo

de encuentros internacionales se apoya en una lectura muy presidencialista de las normas constitucionales. Luego de la reforma y con la existencia del Jefe de Gabinete de Ministros podrían existir conflictos entre la participación de uno u otro en estas reuniones cumbres. En la práctica actual da la impresión que el Jefe de Gabinete concentra su actividad a las cuestiones internas dejando a la actividad presidencial la representación exterior del país en forma exclusiva.

Una sana práctica sería que el jefe de Estado fuera acompañado a las conferencias internacional por el jefe de Gabinete de Ministros, ya que sin ello la acción política del gobierno quedaría sin control parlamentario pleno, que es solamente este último quién responde plenamente ante el Congreso de la acción del gobierno²⁹. (artículos 100 y 101 de la Constitución). El ministro de Relaciones Exteriores solo puede ser interpelado de una manera restringida, según el artículo 71, pero no puede sufrir un voto de censura.

De la misma forma la competencia de negociar, firmar y luego de su aprobación ratificar los tratados, supone la de interpretarlos e implementarlos, vigilar su cumplimiento y aun denunciarlos. De la misma forma si el Presidente determina la política exterior cuando firma y ratifica tratados internacionales, con más razón se entiende que debe determinarla cuando no hay compromisos internacionales de la misma trascendencia que aquellos.

Se suman a estas competencias los poderes militares del Presidente, definido como Comandante en Jefe.

En el caso de la Constitución de los Estados Unidos aparece en sus orígenes la concepción que en materia de relaciones exteriores la autoridad presidencial es primaria. Alexander Hamilton particularmente expresaba que era competencia del Presidente Washington exclusivamente

²⁹ “Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación,...” según dice el art. 100, segundo párrafo de la Constitución, el art 101 agrega: “El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, .. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.”

declarar la neutralidad en el caso de las guerras a que dio lugar la Revolución francesa. Es cierto, sin embargo que el artículo II de la Constitución americana Indica que las competencias presidenciales no están limitadas por la enumeración presidencial, el ejerce en plenitud el poder ejecutivo. Esta concepción, que no es reiterada por la Constitución argentina tiene su origen en Montesquieu, que distingue entre:

"la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit de gens, et la puissance exécutive de celles qui dependent du droit civil." Por la primera, *"Il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des Ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions."*³⁰

De esta manera al fundar las competencias en derecho internacional aparece una vasta acumulación de poderes en manos del Presidente de los Estados Unidos en materia de las relaciones exteriores, que no es sorprendente ya que con esa interpretación se resuelve el silencio constitucional en la distribución de competencias exteriores. Esta concepción amplia no se ha extendido en cuestiones internas.³¹

Como las competencias presidenciales enumeradas son reducidas, el interprete tiene en general dos opciones, por un lado considerar que el manejo de las relaciones exteriores, sin mayor definición y por su propia naturaleza corresponde al Presidente como cabeza del Poder Ejecutivo. Por el otro lado el camino es interpretar extensivamente las magras cláusulas constitucionales para poder definir con alguna claridad los poderes que el Presidente requiere, sin ignorar sus límites ni las competencias de otros Poderes.

Se puede asimismo sostener que la competencia genérica en materia de relaciones exteriores corresponde al Congreso y que ante el silencio de este el Presidente actúa por delegación tácita. De esta manera el Congreso se reservaría la capacidad de actuar cuando no comparte la

³⁰cf. "L'Esprit des Lois, Livre XI, ch. VI.

³¹cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, "*Youngstown Sheet & Tube Co. V. Sawyer*", 343 U.S. 579, año 1952, conocido como el Steel Seizure Case.

política del Ejecutivo, y simplemente lo dejaría hacer si coincide con ella.

La elección entre los "principios generales" o una interpretación más estricta del texto constitucional varía de acuerdo a la actitud política del intérprete. La inclusión dentro del artículo 27 de la Constitución del concepto de los "*principios de derecho público*" como límite de la constitucionalidad de los tratados, indica que en toda esta materia de la política exterior deben reconocerse ciertos conceptos que aparecen aún en forma genérica en la Constitución. De todas maneras debe tenerse en cuenta que en materia de relaciones exteriores una interpretación teleológica es la más adecuada, ya que el objetivo de ubicar al estado en la comunidad internacional debe ser cumplido con todos los elementos de juicio en la mano, con prontitud y con discreción. Habitualmente quién cuenta con esas posibilidades es el Poder Ejecutivo. Sin embargo, una amplia capacidad de revisión y control es imprescindible en una sociedad democrática y en materia exterior esa tarea corresponde al Congreso. Sería un error pretender un control judicial ya que, a pesar de ser un control eficaz en cuestiones internas, carece de la flexibilidad necesaria para abarcar los variados elementos de la política exterior. Las relaciones exteriores requieren una aproximación política y no jurídica.

Lo que el Presidente puede hacer en materia internacional y lo que le está vedado es parte habitual del debate político. Es un punto en el cual la flexibilidad es mayor que en otros, donde la actitud partidaria es más evidente. En este tema, más que en otros, es necesario describir en su integridad la competencia presidencial, para tener una definición completa que supere las funciones descritas en la Constitución. Cuando el Presidente asume la representación exterior del Estado debe hacerlo con una definición nítida y homogénea de sus competencias para tener la credibilidad y flexibilidad necesarias en el manejo de la política exterior. Pero el estudio de la competencia presidencial debe iniciarse por una descripción de sus partes, que deben analizarse separadamente para tener luego una visión del conjunto.

Los fundamentos del poder presidencial son la capacidad de concluir, firmar y luego ratificar tratados, nombrar embajadores y otros diplomáticos en el exterior, con acuerdo del Senado según los casos, y recibir a los representantes de potencias extranjeras.

La Concepción del Presidente como órgano único.

"El Presidente es el único órgano de la Nación en sus relaciones externas, y es su único representante con las potencias extranjeras." Esta frase de John Marshall, habitualmente citada, fue expresada cuando era miembro de la Cámara de Representantes en 1800, antes de su actuación legendaria como Chief Justice, pero ha sido mencionada por la Corte Suprema americana como principio general en la política exterior.

El fallo *United States v. Curtiss Wright Export Corp.*³² de 1936 es el *leading case* en materia de relaciones exteriores y su importancia no se limita a los tratados internacionales. Se trataba del cumplimiento de una orden presidencial que establecía penas para el envío de material bélico a los combatientes en la Guerra del Chaco.

El Juez Sutherland dio la opinión por la Corte:

"Contribuirá a la elucidación de la cuestión si consideramos en principio las diferencias entre los poderes del gobierno federal con respecto a los asuntos extranjeros o exteriores y los referidos a los asuntos domésticos o internos. Pueden existir diferencias entre ellos y no se puede dudar que estas son fundamentales. Los dos tipos de poderes son diferentes, tanto con respecto a su origen y a su naturaleza. El amplio enunciado que el gobierno federal no puede ejercer poderes excepto cuando estén específicamente enumerados en la Constitución y los poderes implícitos que son correctos y necesarios para poner en funcionamiento los poderes enumerados, es

³² cf. 299 U.S. 304 (1936). Traducción del autor. Para una cita completa cf. KAUPER, P. Constitutional Law 3rd. edit. Boston 1966 p.251. Ruiz Moreno dice que "aclara en forma luminosa la cuestión del manejo de la política exterior del Estado por el Presidente de la República" cf. El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema. Buenos Aires, 1970 p. 82. Es una opinión por lo menos controvertible.

categoricamente cierta solo con respecto a los asuntos internos. En ese campo, el objetivo primordial de la Constitución era establecer una masa general de poderes legislativos en posesión entonces por los estados miembros en tal cantidad como fuera necesaria para investirlos en el gobierno federal, dejando los que no estuvieran incluidos en la enumeración en los estados miembros. Que esta doctrina se aplicaba solamente a los poderes que los estados poseían es evidente por sí misma. Y como los estados nunca poseyeron poderes internacionales, esos poderes no pudieron ser recortados de la masa de poderes estatales sino que obviamente fueron transmitidos a los Estados Unidos de otra fuente. Durante el período colonial estos poderes fueron poseídos exclusivamente y en su integridad bajo el control de la Corona.

Como resultado de la separación de Gran Bretaña por las colonias actuando como una unidad los poderes de soberanía externa pasaron de la Corona, no a las colonias separadamente sino a las colonias en su capacidad colectiva y corporativa como los Estados Unidos de América....

De ello resulta que la investidura en el gobierno federal de los poderes de la soberanía exterior no depende de las concesiones afirmativas de la Constitución. Los poderes para declarar la guerra y llevarla adelante, para concluir la paz, para hacer tratados, para mantener relaciones diplomáticas con otras soberanías, aún cuando nunca hubieran sido mencionadas en la Constitución, estarían investidas en el gobierno federal como concomitantes necesarios de la nacionalidad. Ni la Constitución ni las leyes dictadas en su consecuencia tienen fuerza en territorio extranjero salvo con respecto a nuestros propios ciudadanos; y las operaciones de la nación en ese territorio deben estar gobernadas por tratados, entendimientos internacionales y pactos, y por los principios de derecho internacional. Como miembro de la familia de naciones, el derecho y el poder de los Estados Unidos, en ese campo es igual al derecho y poder de los otros miembros de la familia internacional. De otra manera los Estados Unidos no serían completamente soberanos...

No solamente ..es el poder federal sobre los asuntos exteriores diferente del de los asuntos internos en origen y en carácter esencial, sino que la participación en el ejercicio del poder está limitada significativamente. En este vasto reino exterior, con sus importantes, complicados, delicados y multiples problemas, el Presidente solamente tiene el poder de expresarse o escuchar como un representante de la Nación. El hace los tratados con el asesoramiento y consentimiento del Senado, pero negocia por sí solo. En el campo de la negociación el Senado no puede introducirse, y el Congreso es incapaz para invadirlo. Como lo dijo Marshall en la gran argumentación del 7 de marzo de 1800 en la Cámara de Representantes, "El Presidente es el único órgano de la nación en las relaciones exteriores, y su único representante ante las naciones extranjeras..." Es importante tener en cuenta que estamos tratando no solamente con una autoridad investida en el Presidente por una decisión del poder legislativo, pero de esa autoridad conjuntamente con el muy delicado, plenario y exclusivo poder del Presidente como órgano único del gobierno federal en el campo de las relaciones exteriores, un poder que no requiere como base para su ejercicio una ley del Congreso, pero que, por supuesto, como todo otro poder gubernamental, debe ser ejercido en subordinación a las disposiciones aplicables de la Constitución. Es bastante aparente que si, en el desarrollo de nuestras relaciones internacionales, se puede evitar una situación embarazosa, a lo mejor una situación seriamente embarazosa, y lograr el éxito, la legislación del Congreso que debe hacerse efectiva a través de la negociación e investigación dentro del campo internacional debe muchas veces acordar al Presidente un nivel de discreción y de libertad de las restricciones legales que no serían admisibles en el caso de que se tratara de asuntos domésticos. Más aún, es él y no el Congreso, quién tiene la mejor oportunidad de conocer las condiciones que prevalecen en países extranjeros, lo que es especialmente cierto en tiempo de guerra. El tiene sus fuentes de información confidenciales. El tiene sus agentes en la forma de funcionarios diplomáticos y consulares. El secreto con respecto a la información

recogida por ellos puede ser altamente necesario y una difusión prematura puede producir resultados dañinos.”

Este fallo ha recibido críticas en cuanto a que hace un uso extensivo del concepto de soberanía y de la teoría del Presidente como órgano único en materia de relaciones exteriores.³³ En las palabras del Juez Jackson es un precedente *“queda de costado como un arma cargada lista para ser utilizada en un momento de urgente necesidad.”*³⁴ El mejor criterio es el de asociar este precedente con la opinión del mismo Juez Jackson en el caso de la Toma de las Acerías, ya citado. *“El Presidente puede actuar en asuntos exteriores sin la autorización del Congreso , pero no puede actuar en contra de una ley del Congreso”*³⁵ En cuanto a la teoría del órgano único, es bueno recordar la opinión de Corwin que señaló que lo expresado por Marshall era simplemente que el Presidente tenía era el instrumento de comunicación único con los demás gobiernos.³⁶

Es coincidente con lo expresado por Jefferson, cuando dice que el Presidente:

*“es el único canal de comunicación entre este país y las naciones extranjeras, es solamente de el que las naciones extranjeras o sus agentes conocerán cual es o ha sido la voluntad de la nación; y lo que el comunica como tal, tienen el derecho y están obligados a considerar como la expresión de la nación, y no puede permitirse a ningún agente extranjero cuestionarla...”*³⁷

Estas descripciones algo extremas son naturales en la sociedad de fines del siglo XVIII, pero son impensables en una administración pública tan compleja como la actual. Son sin embargo fuente de la concepción que supone una competencia única y homogénea sobre las relaciones exteriores: el *“foreign affairs power”*. Concebido este como una

³³ Para una crítica amplia a la extensión del poder presidencial en materia de relaciones exteriores ver. GLENNON, M. Constitutional Diplomacy. Princeton, New Jersey. 1990.

³⁴ cf. *Korematsu v. United States* 323 US 246 (1944).

³⁵ cf. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 US 636. (1952)

³⁶ cf. CORWIN, E. The President: Office and Powers 1787-1957. p. 178, hay traducción castellana.

³⁷ Carta al Ministro francés Génét, en "Writings.." p. 451, edición de 1895, citado por HENKIN, "Foreign Affairs and the Constitution" 1972 p. 300, traducción del autor.

competencia genérica que incluye poderes no expresados en la Constitución.

La facultad del Poder Ejecutivo para conducir los negocios exteriores del país ha sido reconocida por la Corte Suprema en el famoso caso *“Fisco Nacional c. Madame Lynch.”*³⁸ Aunque no de la manera tan extrema en que luego lo haría la Corte de Estados Unidos, en este caso se limitó a señalar que la cuestión era política y no justiciable. Dijo que si

“las declaraciones, derechos y privilegios sustentados por la Nación en sus debates en el fuero internacional por el órgano de los poderes que creó y autorizó plenamente para ello en su ley fundamental, pudieran ser traídos a juicio, discutidos y desautorizados ante otro de su poderes internos, a instancia del interés privado y en pugna con los altos intereses generales del Estado, concíbese, desde luego cuanto inconveniente de trascendental importancia no traería un conflicto semejante para la respetabilidad y decoro del país.”

En aquel caso la Corte se refería a las afirmaciones hechas por el gobierno de la República Argentina sobre el derecho de nuestro país a los territorios del Chaco al sur del río Pilcomayo, que cuestionaba el Paraguay alegando una posesión de hecho. En la causa se discutía la validez de unas donaciones de terrenos hechas por Francisco Solano Lopez a Madame Lynch.

Continuó la Corte en el caso diciendo:

“esta política firma de la Nación sustentada persistentemente en las declaraciones y actos internacionales del Poder Ejecutivo que quedan relacionados, durante la larga y accidentada gestión diplomática a que dió lugar el tratado de límites con el Paraguay debe prevalecer su autoridad histórica y su eficacia jurídica sobre las aisladas afirmaciones hechas ad libitum en libros de propaganda comercial y política; y esta autoridad de las declaraciones solemnes del gobierno argentino formuladas en aquella oportunidad

³⁸ Fallos de la Corte t. 115 f. 189.

acerca de la indistutida y evidente jurisdicción y dominio nacional sobre el territorio del Chaco, no puede en manera alguna ser desconocida ni puesta en duda por los tribunales de justicia de la Nación y de las atribuciones que la constitución ha dado al presidente para representación diplomática y conclusión de los tratados internacionales.”

Joaquín V. Gonzalez fue abogado de la demandada en este caso y sostuvo de manera extrema las competencias del Poder ejecutivo en materia internacional:

..es el Poder Ejecutivo el único llamado en realidad, a dar a las leyes geneales, relativas o que se vinculen a la política internacional de la Nación, el sentido más armónico con ella, dados los precedentes que nadie mejor que él puede conocer, las exigencias del momento y las futuras conveniencias y probables o seguras proyecciones de esa política en el porvenir;..

Continúa más adelante, Véase bien a las claras que la política activa está en manos del Poder Ejecutivo, y és es el que se halla directamente habilitado para mantener la tradición y la continuidad enn las relaciones con cada Estado, y para imprimirles en momentos determinados variaciones o cambios o el sello y carácter que las circunstancia exijan. Para esto la Constitución lo arma con la facultad de nombrar y remover sus ministros, (plenipotenciarios) y la de recibir o no los que las potencias extranjeras acrediten ante él. Estos no son medios mecánicos de acción; son elementos, resortes o recursos de una gestión consciente, deliberara y trascendente que así como puede crear grandes vínculos de paz y amistad, puede también romper los existentes y conducir el país a una guerra. Luego, existe un período de la gestión diplomática durante el cual ella es inaccesible al Poder Legislativo, y es el que media entre su iniciación y la firma del tratado, y otro más largo aún durante el cual es inaccesible al Poder Judicial, y es el que media entre su comienzo y la aprobación por ambas cámaras y su promulgación por el mismo Poder ejecutivo, que podría oponer su veto a la sanción legislativa.”³⁹

³⁹ cf. GONZALEZ, J.V. , “Actos irrevocables del poder Ejecutivo” Obras Completas tomo VIII, pp. 93, y 117.

En su Manual de la Constitución Argentina, Gonzalez tiene una definición más equilibrada sobre el *foreign affairs power*, que la que tuvo luego como abogado en el caso Madame Lynch. Deduce esta regala constitucionales sobre la política internacional:

“1° es una obligación permanente del gobierno federal mantener relaciones amistosas con las potencias extranjeras.

2° el Presidente de la República tiene la atribución para cumplir este deber;

3° el pueblo se reserva el derecho de prestar o no su consentimiento a los actos que se realicen en virtud de tales poderes.⁴⁰

En cuanto a la distribución de funciones que estos principios establecen dice:

“Por medio de las facultades que (los artículos de la Constitución) confieren se realizan los actos que afectan a la Nación en su calidad de Estado o persona del derecho internacional, y a su soberanía colectiva representada por el gobierno . Los tres poderes intervienen en su ejercicio: el legislativo, al sancionarlos definitivamente; el Ejecutivo, en su ejercicio inmediato y efectivo; y el judicial, al aplicar a los casos contenciosos las reglas concertadas entre la Nación Argentina y las extranjeras.”⁴¹

En gran medida este poder de relaciones exteriores incluye para el Presidente el derecho de comunicación exclusiva con las potencias extranjeras, monopolio que el Presidente ejerce por tener control sobre el servicio exterior. En el caso argentino el único control que el Congreso puede tener sobre el es el de describir sus funciones en la ley del servicio exterior, y el Senado en el nombramiento de Embajadores y Ministros Plenipotenciarios. Como las funciones de diplomáticos de esas jerarquías no solo incluyen los cargos en el exterior, sino también en el Ministerio de Relaciones Exteriores, aparece un control del Senado sobre

⁴⁰ cf. GONZALEZ, J.V. Manual.. op. cit. tomo III, p. 420.

⁴¹ cf. Manual... op. cit p. 421.

estos cargos que no existe en el resto de la administración pública.

En los EE.UU. se han nombrado agentes sin acuerdo del Senado y en alguno de estos casos les dieron el rango personal de Embajador. Para evitar conflicto de poderes el Presidente de los Estados Unidos pago los gastos de estos enviados personales de sus fondos reservados. Algunos de estos son muy conocidos como John Jay, el autor del *El Federalista* que fue enviado por Washington a negociar un tratado con Gran Bretaña o el de Harry Hopkins enviado por el Presidente Roosevelt para acordar el sistema de "Préstamo y arriendo" también con el Reino Unido⁴². El requerimiento para el acuerdo del Senado sería inaplicable para estos agentes, ya que no han sido designados para un puesto permanente, no han cumplido funciones en forma indefinida y no han tenido, en muchos casos, pagos por el cumplimiento de la función.

Al ser el único órgano de comunicación en la política exterior, el Presidente determina también cuando, donde y por quién el país recibe comunicaciones y no hay nada que sugiera que pueda estar limitado en cuanto al medio, la forma, el lugar o el medio. Esto es particularmente válido en cuanto a la participación en conferencias internacionales. Cuando recabe a los representantes o embajadores extranjeros, tiene también competencia en cuanto a los miembros inferiores de las representaciones diplomáticas que sean acreditados. También recibe a Jefes de Estado, de gobierno, ministros de Relaciones Exteriores o enviados especiales. También decide a quién no recibe y quién puede ser declarado "*persona non grata*".

Todas estas competencias señalan al Presidente como al principal actor en la conducción de nuestra política exterior. Estas competencias incluyen el reconocimiento de Estados y gobiernos extranjeros. Aún cuando es política de nuestro país no efectuar en forma expresa el reconocimiento de gobierno.

⁴² Carta del Presidente Franklin Roosevelt a Harry Hopkins en la que le pide que viaje "*a su más temprana conveniencia a Gran Bretaña para actuar como mi representante personal. Le solicito que entregue una comunicación en el mismo sentido a su Majestad el Rey Jorge VI.*" copia en SHERWOOD, R. Roosevelt y Hopkins, tomo I "Del New Deal a Pearl Harbour. Barcelona 1950 p. 241.

Pero cualquiera de estas funciones y las de reconocimiento del carácter de beligerante o de no beligerante de un Estado, particularmente en épocas anteriores a la Carta de las Naciones Unidas, declarar al país neutral o no beligerante, temas todos estos que están dentro de la competencia presidencial. No corresponden al Congreso y una declaración del Congreso en cualquiera de estos temas no sería vinculante para el Presidente.

Es de tener presente con referencia a las fuentes del derecho internacional vinculante para nuestro país, que el Presidente representa al país tanto en la formación de costumbre internacional como en las declaraciones unilaterales que pueden ser consideradas vinculantes para la Nación.⁴³ Esto es también válido para el caso en que considere como terminado un tratado y lo denuncie. Puede ocurrir que así cometa una violación del derecho internacional al ignorar obligaciones que el país tiene. Como órgano visible de la Nación frente al exterior, es a él a quién se dirigirán los demás Estados para reclamar derechos contra el país en razón de conductas que puedan ser consideradas como ilícitos internacionales.

Admite por sí a cualquier representante extranjero, pero requiere la autorización del Congreso para

“Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él”,

según lo establecido por el art. 75 inc. 28 de la Constitución. La negativa a este tránsito estuvo en los orígenes de la guerra del Paraguay. Debe tenerse también en cuenta que normalmente el Presidente, sin autorización del Congreso, admite el ingreso de contingentes menores de tropas extranjeras, algunas de las cuales pueden permanecer estacionadas por algún tiempo en el país. Aún cuando se

⁴³ “Es reconocido que las declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y conciernen a situaciones de derecho o de hecho pueden tener por efecto la creación de obligaciones jurídicas.. Cuando el Estado autor de la declaración se considera vinculado a ella de acuerdo con sus términos, esta intención confiere a su toma de posición el carácter de un compromiso jurídico, el Estado interesado esta requerido legalmente a seguir una línea de conducta conforme con su declaración. Un compromiso de esta naturaleza, expresado publicamente y con la intención de vincularse, aún fuera del marco de negociaciones internacionales tiene un efecto obligatorio.” cf. “caso de Ensayos Nucleares”, Corte Internacional de Justicia, fallo del 20 de diciembre de 1974, (Nueva Zelanda c Francia) pp. 457.472.

trata, como queda dicho, de contingentes menores establecidos con fines de entrenamiento, pero es un movimiento de tropas que se hace sin la participación y probablemente, sin el conocimiento del Congreso.

Las mencionadas son competencias que el Presidente fundamentalmente tiene en su capacidad de comandante en jefe de "*todas las fuerzas armadas de la Nación.*" ⁴⁴y también "*Dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación.*"⁴⁵

A pesar de que puede hacerse una lectura presidencialista de la Constitución en el tema de las relaciones exteriores y de esta manera suponer que las funciones del Jefe de Gabinete de Ministros son fundamentalmente de política y administración interna, las decisiones que éste último toma como jefe de la administración corresponden tanto a la política interna como a la exterior. Su responsabilidad política ante el Congreso no se limita a la política interna, incluye también la política exterior. Una cuestión internacional puede ser la causa de su censura parlamentaria.

El Ministro Jefe del Gabinete "*ejerce la administración general del país*", como establece el artículo 100 en su inciso 1, esta administración se extiende también a los temas de política exterior. Probablemente las competencias constitucionales del Jefe de Gabinete de Ministros se apliquen con mayor firmeza cuando las circunstancias políticas fortalezcan la actividad e independencia del Congreso y permitan una lectura más parlamentaria de la Constitución.

⁴⁴ Artículo 99 inc. 12 de la Constitución, luego de la reforma de 1994, antes hacía referencia a *las fuerzas de mar y tierra de la Nación.*

⁴⁵ Artículo 99 inc. 14 de la Constitución.

Las Doctrinas o principios generales.

El Poder Ejecutivo tiene también la posibilidad de establecer principios generales que orientarán su política exterior y muchas veces los hace públicos en una declaración. En los Estados Unidos es el caso de la Doctrina Monroe y también de la Doctrina Truman de lucha contra el comunismo. En nuestro país existe el caso de la Doctrina Drago que fuera formulada por el Canciller en 1902, durante el segundo gobierno del Presidente Roca.

La Doctrina Drago es un caso de decidida influencia de un ministro sobre el poder presidencial, ya que el Presidente Roca dio su aquiescencia a una propuesta de su Canciller y sólo la condicionó a la aprobación del General Mitre.⁴⁶ Antes de decidir su posición Roca invitó a Mitre para escuchar su opinión. El ex presidente concurrió al despacho de Roca y en presencia de Drago, manifestó categóricamente que la proposición del Ministro de Relaciones Exteriores debía ser aceptada y conocida por el mundo.⁴⁷

La Doctrina Drago es el principal ejemplo de un principio general para la conducción de la política exterior efectuado por la Argentina. El origen de esta doctrina residen en la nota remitida el 29 de diciembre de 1902 por el Canciller argentino. Su elemento esencial es la exclusión del recurso a la fuerza para el cobro de las deudas contractuales de los Estados. La nota de Drago repudia todo empleo de la fuerza para obligar a un Estado extranjero a cumplir sus compromisos y particularmente a hacer frente a las cuotas impagas de esta deuda pública. Ella declara de una manera general que el empleo de la fuerza para obligar a un Estados a continuar con el pago de los servicios de la deuda es contrario al derecho de gentes. Debe aclararse que, y la justificación fue señalada por el autor, que no se trataba del

⁴⁶ cf. SOLA, J.V. Las Dos Caras del Estado. Presidente y Primer Ministro en una Argentina moderna. Planeta. Buenos Aires. 1988 p. 189.

⁴⁷ cf. CAMPOBASSI, J.S. Mitre y su Epoca Eudeba, Buenos Aires, 1980, p.505. Luis María Drado era yerno de Mitre, estaba casado con su hija Delfina y no nieto como informa erróneamente Peterson. Existe una versión diferente de la consulta dada por Juan Carlos Puig en el sentido de que Roca habría delegado la decisión en una consulta que privadamente Drago haría con Mitre.

anuncio de una teoría doctrinaria, sino de un acto político, consecuencia lógica de la doctrina de Monroe, tendiente a impedir que los Estados europeos ocuparan un territorio americano utilizando como pretexto el cobro de las deudas públicas.⁴⁸

La doctrina Drago es también una extensión de la doctrina Calvo⁴⁹ en la controversia de 1902 sobre la deuda de Venezuela. El bloqueo anglo germano de las costas de Venezuela, que tenía el propósito de exigir la cobranza de las deudas pendientes a particulares europeos, planteó un desafío a la política norteamericana de la doctrina Monroe y a la posición latinoamericana de no intervención. Se tuvo la impresión de que Venezuela podía llegar a ser una cabeza de playa dirigida contra la supremacía norteamericana en el Caribe y el liderazgo argentino en América del Sur.⁵⁰

Drago envió inicialmente un extenso despacho al Ministro en Washington, Martín García Merou, el 29 de diciembre de 1902, que fue transmitido al Departamento de Estado. Sostuvo:

“El cobro militar de los empréstitos supona la ocupación territorial para hacerlo efectivo y la ocupación territorial significa la supresión o subordinación de los gobiernos locales en la países a que se extiende.

Tal situación aparece contrariando visiblemente los principios muchas veces proclamados por las naciones de América y muy particularmente la doctrina de Monroe con tanto celo sostenida y defendida en todo tiempo por los Estados Unidos, doctrina a que la República Argentina ha adherido solemnemente antes de ahora.

Continuó diciendo: lo único que la República Argentina sostiene y lo que vería con gran satisfacción consagrado con motivo de los sucesos de Venezuela, por una nación que como los Estados Unidos goza de tan grande autoridad y poderío, es el principio ya aceptado de que no puede haber expansión territorial europea en América, no opresión de los pueblos de este hemisferio, porque una

⁴⁸ cf. ROUSSEAU, Ch. Droit International Public, t. IV, p.109.

⁴⁹ En 1868, el jurista argentino Carlos Calvo estableció la doctrina que los inversores extranjeros no podían apelar a tribunales que no fueran los de la nación en la cual estaban establecidos.

⁵⁰ cf. PETERSON, H.F. La Argentina y los Estados Unidos 1810-1960. Eudeba, Buenos Aires, 1970, p.288.

desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. En una palabra, el principio que quisiera ver reconocido, es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea.”

En su respuesta al ministro de Relaciones Exteriores Argentino, el secretario de Estado Hay citó el mensaje anual de 1901 del Presidente Theodore Roosevelt en el cual se habían dado seguridades a los países latinoamericanos de que no perderían territorio, aunque no contra otras formas de sanciones por *“mala conducta”*. Repitió la garantía dada por el presidente el 2 de diciembre de 1902, según la cual *“ninguna nación independiente en América debe albergar temor alguno de agresión por parte de los Estados Unidos.”* Pero el secretario de Estado dejó de lado toda aprobación o desaprobación de la iniciativa de Drago.⁵¹

Por otra parte, la opinión pública norteamericana dió un apoyo entusiasta a las propuestas de Drago. Casi en forma unánime, los periódicos más representativos expresaron su aprobación. Un redactor de *The North American Review*, afirmó que: *“Nuestro Departamento de Estado debe abstenerse, de aquí en adelante, de dar su ayuda a los acreedores locales cuando se trate de cobrar deudas corrientes de los gobiernos de los países de América Latina.”* Dado que la Argentina nunca había adoptado oficialmente la doctrina Monroe, decía el *Harper’s Weekly* la nota de Drago señalaba *“el comienzo de una época”*.⁵²

En Buenos Aires la reacción de los Estados Unidos despertó un entusiasmo similar, en su mensaje anual de 1903, el Presidente Roca manifestó su satisfacción por el hecho de que la nota argentina no hubiera caído en el vacío, a pesar de que los Estados Unidos no se habían

⁵¹ cf. *For. Rel., 1903, pp. 5-6* citado por PETERSON, *La Argentina...* op.cit. p. 291.

⁵² cf. ROBERTSON, op. cit. p. 291.

comprometido respecto de la política a seguir frente a un cobro compulsivo de la deuda pública.⁵³

La doctrina Drago fue un punto elevado en la conducción de nuestras relaciones exteriores, en un momento oportuno un Canciller argentino esbozó una posición clara, desde la cual los Estados americanos podían resistir las intervenciones europeas. Finalmente los Estados Unidos harían suyo el principio, básicamente, en la Conferencia de La Haya de 1907, y en forma incondicional en la declaración de solidaridad en Buenos Aires en 1936. Cuando el Presidente Theodore Roosevelt, en su mensaje al Congreso de 1906, citó las opiniones de Drago, el ex ministro de Relaciones Exteriores fue en persona hasta la legación norteamericana y solicitó que se transmitiera su reconocimiento a presidente de los Estados Unidos.⁵⁴

Extensión de las competencias del Poder Ejecutivo.

Según la terminología establecida por el Juez Sutherland en el caso "*Curtiss Wright*" las competencias que tiene el Poder Ejecutivo en materia de la política exterior son "*plenarias*" y es decir que no hay nada que en esta materia esté en forma inherente o por sí misma fuera de su competencia. Sus poderes están limitados por competencias del Congreso. Particularmente en cuanto a designaciones de diplomáticos y en la aprobación de los tratados internacionales y también por las prohibiciones generales que afectan a todos los actos de gobierno en razón de la protección de los derechos y garantías. Al mismo tiempo el Congreso ejerce el control democrático general sobre todos los actos de gobierno.

Fuera de las limitaciones constitucionales y legales la competencia presidencial en esta materia es plenaria. Algunos de esos poderes que el Presidente ejerce en el manejo

⁵³ La doctrina de Monroe causó polémica entre los autores argentinos. Una defensa de la doctrina de Monroe y su influencia en la Argentina hizo José León Suárez en La Doctrina de Monroe, algo sobre su origen y sus primeras interpretaciones en la Argentina., publicada en SUARES, J.L. Diplomacia universitaria americana. Buenos Aires, 1918 p.67.

⁵⁴ cf. ROBERTSON, op. cit. p. 293.

de las relaciones exteriores provienen de su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Como normalmente la política de defensa está asociada con un conflicto internacional, la función de comandante supremo está asociada directamente con las competencias presidenciales en materia de política internacional. El Presidente establece las ordenanzas y reglamentos militares, en lo que no es definido por el Congreso y dispone de las fuerzas en el exterior cuando las actividades no son bélicas. En esas circunstancias puede llegar a realizar actividades que exceden la función básica de defensa, como es la fijación de límites internacionales. Es el caso durante la guerra del Chaco de la ocupación por el ejército argentino de fortalezas abandonadas por las tropas bolivianas en su retirada.

Las circunstancias de este caso pueden ser interesantes de recordar. El límite en el Río Pilcomayo había quedado sin delimitar ya que se trataba de un llano cenagoso confundido con numerosos pantanos sin canales permanentes. En el curso de la Guerra del Chaco la zona estuvo ocupada originalmente por Bolivia, luego del desastre de Campo Vía a fines de 1933 comenzó la retirada boliviana y los fuertes en la región fueron ocupados por la tropas argentinas. Todo ello con anterioridad al avance paraguayo en el área.⁵⁵

El precedente más notable en los Estados Unidos fue el de Abraham Lincoln que durante la guerra civil por su sola autoridad tomó decisiones que iban mucho más allá de sus competencias. Desde tomar dinero del tesoro sin autorización legislativa, aumentar el ejército por su sola voluntad, ordenar la apertura de correspondencia, no distribución de la correspondencia que se consideraba traidora, y por supuesto la gran decisión que fue la declaración de emancipación de esclavos de 1863.

Utilización de medios militares.

⁵⁵ cf. PORCELLI, L. Argentina y la guerra por el Chaco Boreal. Centro Editor de América Latina. Biblioteca Política Argentina. N° 304 p. 87.

En caso de una declaración de guerra, luego de la autorización del Congreso, o una autorización de este para la salida de tropas del territorio de la Nación, la competencia del Presidente como Comandante en Jefe se ejerce en forma plena y sin ninguna otra forma de control directo por parte del Congreso. En este tema basta recordar los sucesos recientes en el golfo Pérsico, en donde luego de la autorización del Congreso para permitir la salida de tropas del país el Presidente cumplió plenamente esas funciones. En el caso de los Estados Unidos donde el debate parlamentario fue amplio y con posiciones notoriamente encontradas pero que al dar la autorización al Presidente a utilizar la fuerza en el conflicto, le permitió disponer de todos los medios militares sin ulterior informe al Congreso. Quedó al Congreso la función de control presupuestario por los gastos ocurridos en la operación "Escudo del desierto".

La capacidad que pueda tener el Presidente para destacar fuerzas militares fuera del territorio es en alguna medida académica porque en términos generales ha habido alguna autorización del Congreso, a veces como ratificación de actos ya cumplidos. Aún en casos como el de la guerra de Vietnam donde no hubo declaración de guerra, hubo sí una declaración posterior, la "Declaración del golfo de Tonkin" que fue la única autorización, en los primeros momentos de la guerra para la utilización de tropas. Todo el escalamiento posterior fue autorizado indirectamente por el Congreso de los Estados Unidos cuando aprobaba en el presupuesto los créditos para llevar adelante la actividad bélica.

Una situación particular aparece cuando las fuerzas militares actúan en un conflicto por decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y generalmente bajo un comando unificado por la Organización. Si esas tropas llevan adelante tareas de vigilancia y control de un territorio en conflicto como es el caso de las tropas de paz, pero sin participar en ofensiva militar no se requeriría una autorización expresa por el Congreso. Ello en razón que es una conducta en cumplimiento de los deberes que la Carta establece para los Estados miembros.

INCLUIR REFERENCIA EN DOC SOBRE ONU

El Presidente tiene por sí mismo la capacidad de utilizar todos los medios militares a su alcance para repeler una invasión. Esto dicho aún cuando existe el precedente contrario luego de la invasión del territorio argentino en 1865 el Presidente Mitre requiriera la autorización del Congreso para declarar la guerra al Paraguay que había ocupado Corrientes. Para repeler esa invasión no era en principio necesario una declaración de guerra. Esa medida de defensa podría hacerse con otras medidas como la declaración del estado de sitio por ataque exterior que sólo requiere el acuerdo del Senado. El estado de sitio sería una medida inmediata, necesaria para repeler la invasión y paso previo a la declaración de guerra al agresor.

¿Qué ocurriría si como consecuencia de las hostilidades y al repeler la agresión se invadiera el territorio del país atacante? En este caso sería necesario una declaración de guerra para continuar las hostilidades en territorio extranjero aún cuando si es notoria la agresión exterior y es imprescindible tomar medidas dentro del territorio del atacante esta acción podría llevarse adelante sin la aprobación previa del Congreso. En esta época en que la guerra es muy rápida y casi instantánea no hay duda de que el Presidente debe tener la capacidad de contraatacar utilizando probablemente tropas de despliegue rápido en forma cuasi-inmediata. Inclusive hacerlo en algún momento en forma preventiva si es imprescindible para contener un ataque que aparece como inminente.

El segundo tema, más complejo, es saber si el Presidente puede actuar de la misma manera cuando el ataque se produce contra un país aliado. La agresión no sería contra el territorio nacional, pero sería contra el territorio de un estado con el cual nos une un tratado de alianza y de protección recíproca. Podía ocurrir asimismo que este Estado aliado y al que nos une un tratado, que es atacado no estuviera en condiciones de repeler la agresión. En estos casos deberían tomarse medidas inmediatas de defensa, pero sin desplegar tropas argentinas en posición de ataque hasta tener la autorización del Congreso para participar directamente en las hostilidades. La situación es más simple si existe un tratado internacional con ese Estado de garantía

en caso de ataque exterior, que previera la respuesta armada en caso de agresión, que hubiera sido aprobado en su momento por el Congreso. De todas maneras la declaración de guerra debería hacerse si el conflicto armado subsiste.

En los Estados Unidos existen precedentes que crean una controversia mayor, ya que tienen una larga historia de participación de las fuerzas armadas en conflictos internacionales por la sola orden presidencial. Ello en circunstancias que no son estrictamente de guerra internacional o de agresión exterior. El caso inicial es la política del Presidente Jefferson cuando envió navíos de la armada para combatir a los piratas berberiscos que asolaban las costas del sur del Mediterráneo y atacaban a buques de ese país. Este es un derecho que en forma inequívoca todos los Presidentes han aceptado y en muchos casos ejercido, de enviar tropas al exterior por su sola autoridad. Por ordenes presidenciales se mandaron buques para abrir el comercio con el Japón en la famosa expedición del comandante Perry, se despacharon tropas a proteger los intereses americanos en China en la famosa rebelión Boxer a principios de siglo, en épocas más cercanas se destacaron tropas en Filipinas, se enviaron tropas Nicaragua en 1920, a la República Dominicana en 1965, se estableció un bloqueo en 1962 a Cuba.

En muchos de estos casos la acción presidencial se efectuó ante el silencio del Congreso luego de una comunicación, en otros casos la autorización fue posterior al hecho y en otros no existió ninguna acción por lo que el Presidente pudo actuar con lo que consideraba un apoyo tácito.

No hay duda que las amplias competencias que tiene el Presidente no podrían justificar por sí solas la utilización de medios militares en el exterior sin el conocimiento o la aprobación del Congreso.

Estos poderes deben ejercerse dentro de los límites que establece el derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas y también con una clara definición del interés nacional, porque las Fuerzas armadas no son un ejército

privado del Presidente. Existen dentro de los fines que la Constitución les da para defender los intereses de la Nación. Si bien los poderes del Presidente son amplios existe un poder general de control que debe ejercer el Congreso.

En su función ejecutiva el Presidente debe cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación. Dentro de la ley suprema de la Nación (art. 31, C.N.) están también los tratados y la costumbre que es también una fuente de derecho internacional ⁵⁶ del mismo nivel que aquellos. Dentro del cumplimiento del derecho internacional esta en principio la Carta de las Naciones Unidas y también de otras normas de las Naciones Unidas como los Pactos de Derechos Humanos. De esta manera cualquier acción que tuviera el Presidente para, por ejemplo, terminar con la piratería aérea o cumplir con obligaciones dispuestas por el Consejo de Seguridad, son funciones que el Presidente ejerce en materia exterior en razón de las obligaciones que surgen de los tratados internacionales y de la costumbre internacional.

El hecho de que el Presidente deba cumplir con sus obligaciones impuestas por el derecho internacional no lo transforma en un guardián internacional que pueda obligar a los demás Estados a que cumplan con el derecho internacional. Esta es una función que a veces ciertos Presidentes de los Estados Unidos han querido asumir pero que no puede ser aceptada. Mucho menos si se trata de un Presidente argentino.⁵⁷ Si el Presidente quisiera actuar por los actos de gobiernos extranjeros que violan el derecho internacional por ser parte del derecho interno argentino por ser los tratados y la costumbre la ley suprema de la Nación, transformaría todo el sistema jurídico internacional en una cuestión de derecho interno. Asimismo al actuar de esta manera como un policía internacional lo llevaría a cometer otras violaciones del derecho internacional y, transformarse él probablemente en un agresor.

⁵⁶ El artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dice con referencia a la costumbre como fuente autónoma de derecho: “*b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.*”

⁵⁷ Durante gran parte del siglo XX la Argentina ejerció una política muy activa en defensa de una posición latinoamericanista contraria a cualquier intento de intervención extranjera y de pérdida de la soberanía nacional. cf. PETERSON, H. op.cit. p. 288

Los efectos de las decisiones ejecutivas de política exterior.

Es posible que el Presidente utilice el derecho internacional como forma de ejercer una función legislativa dentro del país. Puede hacerlo cuando concluye un tratado, que si bien debe ser aprobado por el Congreso, éste no puede participar en su negociación. Cuando firma un tratado ejecutivo o cuando el Canciller firma notas reversales. Puede haber consecuencias en la legislación interna si el Presidente reconoce o no a un gobierno o Estado extranjero. Son casos en que la legislación general puede ser reformada como consecuencia de la actuación internacional del Presidente. Es una consecuencia en general no deseada y debe tener tanto el Presidente al actuar de esta manera y el Congreso al controlarlo amplio conocimiento de la medida y adecuada valoración de sus efectos. Finalmente existirá un control judicial adecuado para impedir la concentración de la función administrativa y legislativa en una sola persona y la violación de división de poderes.

En el tema de privilegios e inmunidades diplomáticas la decisión presidencial tiene efectos legales, un tribunal cumplirá los compromisos internacionales de la República en materia de inmunidades diplomáticas pero aceptará sin analizar la decisión presidencial de reconocer a un Estado y al diplomático que lo representa. Sobre esa declaración del Ejecutivo se basará la decisión judicial en el caso. Debe quedar siempre claro el principio que los poderes del Estado interpretan la Constitución en cuanto a sus competencias, el control judicial que se efectúa sobre ellas se hace sobre el reconocimiento de la existencia de cuestiones políticas y por lo tanto no justiciables.⁵⁸

⁵⁸ Sobre este tema se remite al Capítulo V, sección C, sobre los tratados y la división de poderes.

El Jefe de Gabinete de Ministros.

El acuerdo general de Ministros.

La reforma de la Constitución en 1994 cambió la organización de los poderes públicos acentuando el sistema mixto que existía desde 1860. Junto al Presidente como único actor del Poder Ejecutivo se introdujo el Jefe de Gabinete de Ministros con un sistema de censura parlamentaria pura. El jefe de Gabinete es nombrado por el Presidente pero puede ser censurado por el Congreso, interpelado por cualquiera de sus Cámaras y debe responder mensualmente a sus preguntas. Es el jefe de la administración pública, es el segundo del Presidente y es también el primero de los ministros aunque no puede acumular ninguna cartera a la suya.

En un pasaje admirable Joaquín V. Gonzalez define al ministerio argentino. Luego de analizar en su *Manual de la Constitución Argentina* al parlamentarismo y al presidencialismo se refiere a un régimen mixto:

“Llamaríase así uno en que el ministerio tuviese caracteres comunes a uno y otro de los anteriores; que, por ejemplo, fuese nombrado exclusivamente por el jefe del Ejecutivo y se hallase sujeto a la censura o desplazamiento por las Cámaras; que fuese agente presidencial y tuviese participación en los debates del Congreso en representación del Presidente; que siendo en primer lugar funcionario subordinado, tuviera atribuciones y privilegios propios del gobierno en su departamento respectivo. Así, a la vez que daba vigor y energía al Poder Ejecutivo, se creaba un vínculo cordial y de fáciles inteligencias con las Cámaras para que la ley no experimentase perjudiciales demoras y en el seno del gobierno no se produjeran luchas estériles para el progreso del país. Ejemplo de este sistema, en que se han llenado las deficiencias de la Constitución de los Estados

Unidos, fundando un benéfico equilibrio hábilmente calculado, es la Constitución Argentina.”⁵⁹

Luis María Drago también menciona la característica mixta de nuestro régimen de gobierno:

“..en nuestro país el presidente forma un todo con sus ministros: Para que haya actos presidenciales es necesario.. que ellos sean refrendados por los ministros, de suerte que del punto de vista de la etiqueta podría considerarse al presidente y sus ministros como una sola persona..”⁶⁰

José Nicolás Matienzo decía sobre los ministros y el Presidente,

“Los argentinos hemos adoptado el sistema inglés y lo hacemos funcional como si fuera norteamericano..Es como si hubieramos encargado un espléndido buque, dotado de las mejores máquinas de vapor, para hacerlo navegar a vela, contando con la apatía o la ignorancia de los pasajeros y cargadores.. el hecho es que el desuso del sistema escrito en la constitución ha producido el mal que los publicistas han señalado com efecto de la subordinación de los Ministros, el gobierno personal que cifra su gloria en le mando, en el imperio y no en el respeto de las fuerzas libres de la opinión.”⁶¹

Al Jefe de Gabinete le corresponde convocar y coordinar las reuniones del Gabinete de ministros, recaudar las rentas y ejecutar la ley de presupuesto. No es el jefe de gobierno de un régimen parlamentario puro, pero es mucho más que un ministro secretario en la antigua organización constitucional. Si cuenta con suficiente apoyo parlamentario podrá llegar a conducir la política de la Nación.

Si bien el Presidente tiene en el manejo de la política exterior una indudable supremacía frente al Jefe de Gabinete y los demás ministros, éstos son un auxiliar indispensable, ya que el Presidente requiere de un gobierno para actuar. Es

⁵⁹ cf. GONZALEZ, J.V. Manual de la Constitución Argentina. Buenos Aires, 1897, * 564.

⁶⁰ cf. DRAGO, L.M. Discursos y Escritos. t. III p. 187. Discurso en la Cámara de Diputados, sesión del 17 de agosto de 1914.

⁶¹ cf. MATIENZO, J.N. El gobierno representativo federal de la República Argentina. Buenos Aires, 1910, p.179.

el Gabinete de ministros el que prepara la decisión presidencial y quién la ejecuta. Es el Jefe de Gabinete y en menor medida el resto de los ministros quienes asumen la responsabilidad política, ante el Congreso y también frente a la sociedad. Son el Jefe de Gabinete y el Canciller quienes están a cargo de las tareas cotidianas de la diplomacia en su relación con los demás estados y con los organismos internacionales.

A primera vista la función de este nuevo órgano de la Constitución aparece como secundario o accesorio en el tema de las relaciones exteriores. Solamente en el caso de grave conflicto entre el Presidente y el Congreso, el Jefe de Gabinete aparecería como un actor importante en la vida política internacional de nuestro país. Podríamos decir que no tiene aún una visibilidad internacional. Sus dos funciones importantes en el manejo de las relaciones exteriores son por una parte como auxiliar indispensable del Presidente de la República y en la función gubernamental autónoma de Jefe de la administración y por lo tanto jefe de la administración de la política exterior.

El auxiliar indispensable del Presidente de la Nación.

La información y las comunicaciones son fundamentales para la determinación de la política exterior. A las redes de información diplomática que provienen del exterior se agregan las fuentes de información de los demás ministerios, y servicios públicos que cumplen una función importante en la conducción de la diplomacia. Al frente de todas estas fuentes de información con que cuenta el Estado está el Jefe de Gabinete. Tiene la función estratégica de unir la actividad interministerial y la orientación de las actividades de todos los órganos del Estado que influyen en la política exterior. Sólo la práctica política dirá que ministros tendrán acceso habitual al Presidente, pero sin duda lo harán con el conocimiento y la participación del Jefe de Gabinete.

Es también el ejecutor de la decisión presidencial. Todas las decisiones importantes de política exterior son refrendadas por el Jefe de Gabinete. Es quién mantiene la

relación entre el Ejecutivo y el Congreso y como Jefe de la Administración es el decisor final en todos los actos administrativos y en la ejecución del presupuesto. Es quién organiza los acuerdos generales de ministros que son el principal centro de decisión política del gobierno.

Refrenda los decretos que promulgan la aprobación de los tratados internacionales.

El Jefe de Gabinete por su responsabilidad política ante el Congreso es la figura central del control republicano que efectúan las asambleas sobre los actos de gobierno.

Participa en todas las reuniones de los comités de defensa y de seguridad. Asegura la coordinación entre el Presidente como Comandante en jefe de las Fuerzas Armadas y la administración militar. Al mismo tiempo coordina las acciones dispuestas en materias de defensa y seguridad y las correspondientes a las competencias de otros ministerios. Es también quién debe coordinar la relación entre la seguridad exterior y la seguridad interior. Su actividad podrá aparecer como discreta y modesta pero no por ello menos indispensable.

El Jefe de gabinete es el órgano indispensable para conformar la supremacía presidencial en el manejo de la política exterior, ya que es quién asegura que la administración la concrete y al mismo tiempo es quién asume su defensa ante el Congreso poniendo en juego su responsabilidad política. Asegura la ejecución de la decisión presidencial en cuanto a sus implicaciones presupuestarias. Es decir, incluye en el proyecto de presupuesto las partidas correspondientes, actúa para lograr su aprobación parlamentaria y finalmente da cumplimiento efectivo a la decisión en la ejecución del presupuesto.

Asume la responsabilidad política por todas las decisiones presidenciales en materia de política exterior. Lo hace ante el Congreso, ya sea porque el Presidente desea, por su intermedio, asociar a los representantes de la Nación en esa decisión, o cuando deba afrontar una interpelación en

alguna de las Cámaras o un voto de censura del Congreso en razón de la política exterior decidida por el Poder Ejecutivo.

La primera hipótesis es el caso en que el Presidente desee la pronta aprobación del un tratado internacional por el Congreso, o que el Senado preste acuerdo a algún nombramiento en el exterior o finalmente, la pronta sanción de legislación necesaria para la evolución de la política exterior. En estos casos el Jefe de Gabinete es quién tiene la principal relación política con el Congreso y quién debe producir los informes necesarios a las Cámaras en nombre del Poder Ejecutivo.⁶²

La segunda hipótesis se plantea cuando se presenta una moción de censura en el Congreso contra el Jefe de Gabinete por oposición a alguna decisión de política exterior. Ya que si bien el Canciller puede ser interpelado por la medida tomada, en los términos del artículo 71 y es responsable por los actos que legaliza en los términos del artículo 102⁶³, el único que puede sufrir una moción de censura y su remoción del cargo es el Jefe de Gabinete.⁶⁴

De lo dicho resulta que la primacía presidencial en el manejo de la política exterior sólo puede traducirse en hechos concretos por la acción del Jefe de gabinete de ministros. Aunque ante la opinión pública la importancia del ministro Jefe del gabinete pueda aparecer como reducida ante el fulgor del poder presidencial, sin la acción de este funcionario ante el Congreso y en la jefatura de la administración pública y presupuestaria, la supremacía presidencial tendrá todas las posibilidades de resultar simbólica.

⁶² cf. artículo 100 inciso 11, C.N. “Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.”

⁶³ cf. Artículo 71 de la Constitución, “Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes.” Artículo 102, “Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los acuerde con sus colegas.” Este último párrafo es la inclusión dentro de la Constitución histórica de la responsabilidad colegiada y la existencia del gabinete de ministros como órgano de gobierno.

⁶⁴ El artículo 101 dice en su última parte: “Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.”

El Jefe de Gabinete y la acción de coordinación gubernamental en la política exterior.

En su función de representación el Jefe de gabinete es el primero de los ministros. Es un alto representante del Estado en quien el Presidente puede delegar su representación en cualquier acto en el exterior. En esta función representativa su papel sólo es comparable al del Vicepresidente de la República. A esta función debe agregarse que en los términos del artículo 100 inciso 2 de la Constitución es el único funcionario al cual el Presidente de la Nación puede delegar sus funciones constitucionales. No así al Vice presidente o los demás ministros que sólo pueden ejercer las funciones que les concede la Constitución o les otorga la ley.⁶⁵

El desarrollo incesante de la actividad gubernamental en materia internacional, fundamentalmente en razón de los procesos de integración y de unidad continental, como de otras formas de cooperación económica requieren de coherencia y de la necesidad de coordinación. Estas situaciones sólo son resueltas por el jefe de Gabinete. Utilizará como medios para asegurar su eficacia, la confección de la agenda de los acuerdos generales de ministros y el establecimiento de organismos de coordinación interministerial.

⁶⁵ El artículo 101 en su inciso 2 dice que al Jefe de Gabinete le corresponde ejercer los actos y reglamentos que sean necesario para ejercer sus propias facultades “y *aquellas que le delegue el presidente de la Nación*”, se requiere para estos actos del refrendo del ministro del ramo.

El Congreso.

El poder presidencial es interpretado en gran medida por extensión de ciertas funciones que la Constitución le da, con intervención de funciones que el derecho constitucional reconoce a los jefes de Estado y particularmente por las características propias de la actividad internacional. En cambio el Congreso no necesita una interpretación constitucional amplia o extensiva de sus competencias en materia de relaciones exteriores, las tiene claramente establecidas y son vastas. Tiene una importante lista de funciones expresamente enumerada en la Constitución y no es la menor de ellas el manejo financiero que proviene de la aprobación del presupuesto. De las amplias funciones que la Constitución otorga al Congreso y tienen consecuencia para el manejo de las relaciones exteriores, corresponde enumerar la reglamentación general de la administración pública, las leyes de nacionalidad y ciudadanía, la reglamentación del comercio exterior, todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima, la aprobación de los tratados. También temas de legislación general que tienen consecuencia internacional como las inversiones extranjeras, la tributación diferente para extranjeros, la organización de los poderes públicos.

Comercio Internacional.

La regulación del comercio internacional es una competencia del Congreso que tiene amplias consecuencias y donde se extraen principios aplicables a muchos campos. Excede la competencia que tiene para regular el comercio interprovincial, ya que no existe conflicto con las competencias que tienen las provincias en el tema del comercio local. En la Argentina la utilización de estas competencias por parte del Congreso han sido muy amplia y se ha centralizado en la creación de tarifas y barreras arancelarias para productos extranjeros que compiten con los

locales. Se ha seguido activamente la política de substitución de importaciones a partir de la década del 40. Debe tenerse sin embargo presente que la gran parte de los acuerdos ejecutivos concluidos sin la aprobación del Congreso se refieren a temas de comercio e integración económica. El ejemplo más notorio son los acuerdos de complementación económica en el marco de la ALADI.⁶⁶

Los “delitos contra el derecho de gentes”.

La Constitución establece también la competencia del Congreso para el caso de los delitos que se cometan fuera del territorio de la Nación contra el derecho de gentes. Dice el art. 118 *in fine*,

"..pero cuando éste (el delito) se comete fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio."

De esta manera se demuestra que los constituyentes tenían una muy clara noción de la existencia de delitos que en la actualidad definimos como contra la humanidad. Ciertas conductas contrarias no solamente a la legislación de un país sino contra toda la comunidad internacional y dándole al individuo la característica de sujeto de derecho internacional en cuanto a este tipo de delitos. El artículo se refiere a la competencia del Congreso de establecer que tribunal será el competente para juzgar este tipo de conductas. La norma violada sería una norma de derecho internacional, tal como surge de ciertos documentos internacionales como los Principios de Nuremberg aprobados por la Asamblea General por la resolución 161 del año 1946 y las normas de tratados que se imponen en la Constitución. Asimismo es el caso de las convenciones que establecen este tipo de jurisdicción universal como la Convención internacional de Prevención y Castigo del Crimen del Genocidio y la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles inhumanos y degradantes.

⁶⁶ Se remite en este punto a los Capítulos V y VIII.

Sobre estos temas podemos mencionar a Story cuando dice que así como los Estados Unidos son responsables a los gobiernos extranjeros por todas las violaciones al derecho de las naciones y como el beneficio de la Unión está conectado esencialmente con la conducta de nuestros ciudadanos, en relación con las naciones extranjeras el Congreso debe poseer el poder de definir y castigar todas aquellas ofensas que pueden interrumpir nuestra relación y armonía y nuestros deberes con ellas.⁶⁷ Siguiendo esta idea hace tiempo el Congreso de los Estados Unidos criminalizó conductas como perseguir o atacar diplomáticos, ocupar su lugar, dañar la propiedad de gobiernos extranjeros, o iniciar actividades dirigidas contra la paz y la seguridad de naciones extranjeras. Las primeras normas en este tema se inician en 1790 y en el mismo sentido se tipifican estas conductas el Código Penal argentino.⁶⁸

Los tratados y las funciones del Congreso.

¿Qué ocurriría en el caso de una competencia dada al Congreso por un tratado internacional y que no estuviera dentro de las competencias enumeradas por la Constitución? Dicho de otra forma, ¿Puede un tratado ampliar la competencia de un poder del Estado más allá de lo establecido en la ley fundamental? Esta idea ha sido resuelta en los Estados Unidos indicando que como una cuestión que se refiera a la soberanía del Estado, legislar sobre cuestiones establecidas en tratados internacionales que sean novedosas corresponde en términos generales al Congreso.

El Congreso tiene una capacidad amplia de legislación en materia de relaciones exteriores, tan amplia que su única limitación es la establecida por los derechos individuales. También lo sería que so pretexto de reglamentar una actividad con consecuencias internacionales se limitará en forma arbitraria las competencias de las provincias.

⁶⁷cf. STORY, J. "Commentaries..", T. 2 #1165 al 1195.

⁶⁸En el Código Penal ver el capítulo sobre delitos que comprometen la paz y la seguridad. En los EEUU U.S. Code t. 22 #252-254.

Es probable que todas las competencias que tiene el Congreso puedan tener una dimensión internacional, algunas son particularmente importantes como el caso de los lugares adquiridos por compra o cesión de la Nación, donde pueden estar ubicadas las sedes de organismos internacionales. De esta manera se puede interpretar la jurisdicción federal sobre la sede de la Comisión Administradora del Río de la Plata establecida por el artículo 63 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo en la isla Martín García, del resto de la Isla que se encuentra bajo jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires.

Una competencia particularmente importante del Congreso que tiene una dimensión internacional destacada es la establecida en el art. 75 inc. 20 en cuanto *crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones* que es el fundamento constitucional de la función pública, de la cual el servicio exterior es un elemento importante.

Los poderes inherentes.

El artículo 75 inc. 32 sobre los poderes inherentes dice:
"Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina."

Esta basado en el art. I sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos. Nuestros interpretes han seguido en este sentido el argumento tradicional de John Marshall en *McCulloch v. Maryland*⁶⁹ referido a los actos legislativos.

"Si el fin es legitimo, dice Marshall, que esté dentro del alcance o de los fines de la Constitución, que todos los medios sean los apropiados, que sean los que plenamente se adapten a ese fin, que no estén prohibidos pero coincidan con la letra y el espíritu de la Constitución, entonces son constitucionales. "

⁶⁹ 4 Wheat, 316, 421, U.S. 1819

No hay duda que artículo 75 inc. 32 es una de las fuentes principales de las competencias del Congreso y su utilidad excede el campo que nos ocupa, aunque en el tema de las relaciones exteriores tiene, una importancia adicional. Porque permite al Congreso no solo ejercer sus propios poderes sino también todos aquellos que estén en cabeza del gobierno federal, es decir los concedidos por la Constitución al gobierno de la Nación Argentina deben ser puestos en ejercicio o en funcionamiento por el Congreso.

Aún cuando el Presidente actúe plenamente dentro de sus competencias es el Congreso el que decide la extensión y el grado de su apoyo, ya que es él que establece la legislación y el presupuesto que utilizarán todos los departamentos del Estado y en particular el Ministerio de Relaciones Exteriores. También las cuotas de los organismos internacionales.

Es esta capacidad de control presupuestario del Congreso que lo ha transformado, en el caso de los Estados Unidos, en un actor importante en el campo de la política exterior, todavía en nuestro país el arma presupuestaria no ha sido utilizada por los legisladores en la determinación de políticas a seguir, y menos aún en la política exterior. Como el Presidente no puede vetar el presupuesto, ya que no existe el veto parcial y mucho menos en cuestiones financieras y tributarias tiene que negociar con las comisiones parlamentarias en que condiciones se establecen los créditos necesarios para la acción de gobierno.

En la Argentina, la reforma de la Constitución en 1994 ha admitido el veto parcial en forma de excepción, en el artículo 80,

“..Los proyectos desechados parcialmente (por el Ejecutivo) no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En esta caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.”

A pesar de las salvedades, la práctica reciente ha admitido vetos parciales, lo que limita en forma cierta el control legislativo de los actos de la administración.

El control político por el Congreso de la política exterior.

Las funciones legislativas del Congreso cumplen también una tarea de control del Ejecutivo. La labor de las comisiones parlamentarias en la preparación de la legislación cumple indirectamente una actividad de control político. Puede para ello invitar a funcionarios a sus sesiones e interrogarlos. También invita a que cada una de las Cámaras pueda hacer a los ministros *"para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes"*, la llamada interpelación.(art. 71 de la Constitución).

Una interpelación puede dar lugar a un debate sobre la política exterior seguida por un gobierno. Podemos tomar como ejemplo la solicitada por el Diputado Lisandro de la Torre al Canciller Ángel Gallardo sobre la modernización de la flota de mar que eran consideradas como medidas belicistas de la política exterior del Presidente Alvear en 1923. El diputado Lisandro de la Torre acusó a la política del gobierno de armamentista en contraste con la del Brasil. Luego pasó a analizar en su discurso la actuación de la delegación argentina en Santiago durante la V Conferencia Panamericana que había presidido Manuel Montes de Oca. Denunció que más allá de las palabras expresadas en los discursos era evidente que la política argentina era adversa a la limitación y reducción de armamentos. Terminó diciendo *se está siguiendo una malísima diplomacia que algún día hemos de discutir con el señor Ministro de Relaciones Exteriores.*⁷⁰ Informado el Canciller Gallardo del pedido de Lisandro de la Torre asistió al día siguiente al recinto de la Cámara de Diputados con sus colegas de Guerra y Marina.

Esta interpelación tiene su interés adicional ya que al defender el Canciller el comportamiento de la delegación

⁷⁰ Cámara de Diputados, sesión del 13 de septiembre de 1923, citado en PADILLA, N. Ángel Gallardo. C.A.R.I. s.f. p. 47.

argentina en la V Conferencia Panamericana en Santiago de Chile, cita cables secretos con los que enviaron instrucciones. “Yo tengo aquí todos los telegramas reservados que se refieren a esta cuestión,” dice Gallardo, para señalar que la delegación argentina no había hecho fracasar un posible acuerdo de limitación armamentos. Hace público un telegrama cifrado sobre un mensaje del Presidente Alvear al Presidente Arturo Alessandri en el cual se hace mención a la “política leal y pacifista que caracteriza nuestra tradición diplomática, harán todo el esfuerzo que las circunstancias permitan para que triunfe la idea generosa con que Chile lleva a la discusión el propósito de aligerar los gastos militares..” Termina la sesión con el compromiso asumido por el Canciller ante la Cámara de que “el ánimo y el propósito decidido de todo el Poder Ejecutivo es ..salvaguardar esta misma paz que es sin duda el mayor tesoro de que disfrutamos.”⁷¹

Cuando son cumplidas de la manera expuesta la interpelación y la participación de los ministros en los debates parlamentarios cumplen con la doble función de control de la administración y al mismo tiempo de información ante la opinión pública de los actos de gobierno.

La declaración de Guerra.

En la concepción de la política exterior que tenían los constituyentes que la capacidad de declarar la guerra era la más importante y por ello le dio la Congreso la capacidad para aprobar su declaración. Ello incluye otros temas como la de llevar adelante la guerra y crear una base económica para su consecución. Para decirlo con el Juez Marshall *el poder de declarar y conducir la guerra*⁷². Fue como consecuencia de este principio que durante la Segunda guerra mundial el Congreso de los Estados Unidos movilizó totalmente el potencial humano del país, sus recursos económicos y reguló minuciosamente la vida de la población. Estos poderes no nacieron con la declaración de la guerra ni murieron con la llegada de la paz. La capacidad de declarar la guerra y llevarla adelante exitosamente implica el poder de prepararse

⁷¹ citado por SILVA, C.A. La política internacional de la Nación Argentina. Buenos Aires, 1946.

⁷²En el caso "McCulloch v. Maryland," 4 Wheat. 316, 407, en 1819.

para la guerra y actuar para evitarla. De ahí los elaborados proyectos de defensa que incluyen importantes inversiones, regulación de la actividad económica, el servicio militar obligatorio, el control de las actividades asociadas con la energía atómica, los programas de seguridad para los empleados públicos y las empresas que contratan servicios públicos. En el caso de peligro inminente de guerra aparecen las requisiciones, sujetas a compensación, la movilización de clases anteriores del servicio militar, el secuestro de propiedad enemiga, la regulación estricta de la economía tanto en la producción como en salarios e impuestos. Existen también restricciones en los derechos individuales, particularmente en libertad de expresión y de movilidad interna e internacional. Internación de nacionales del Estado enemigo. En aplicación de estos principios la Corte Suprema de los Estados Unidos autorizó la internación de ciudadanos norteamericanos de origen japonés que perdieron prácticamente todas sus pertenencias en ello.⁷³ En 1990 fueron entregadas compensaciones a estos ciudadanos.

Podemos citar las medidas tomadas durante la Segunda Guerra Mundial con la propiedad de beligerantes cuando los buques incautados fueron utilizados en la formación de la Flota Mercante del Estado. Con respecto a la propiedad enemiga luego de la Guerra se la confiscó en una medida que fue reconocida por la Corte Suprema en el caso "*Merck Sociedad Anónima Química c Gobierno Nacional*" en 1948. En este precedente que es muy controvertido, la Corte Suprema aplica el principio que en tiempos de guerra existe una preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno, cuando la preeminencia es del derecho interno en tiempos de paz. La solución es alambicada y una correcta interpretación de la Constitución hubiera supuesto una interpretación más amplia de los poderes del guerra del Presidente y del Congreso.

La doctrina de Merck es coincidente con las competencias ampliadas en control de la economía. La emergencia bélica fue el fundamento ideológico para la existencia de otras "emergencias".

⁷³cf. el caso "Korematsu v. United States", 323 U.S. 214, en 1944.

Estos poderes fueron el origen de la restricción considerable a la libertad económica que existió luego de la Guerra. No sólo en el caso de los países que habían sufrido la emergencia económica tiene este origen bélico. Indudablemente lo que el Congreso hace al autorizar guerra y debían reconstruir sus sociedades sino también en países como la Argentina en que no habían participado en las hostilidades.

Gran parte de la doctrina en cuanto de restricción de derechos individuales en caso de en una declaración de guerra, al llevarla adelante, al tomar medidas para prevenirla o al anticiparse a ella o para recuperarse de una acción bélica tiene importancia en las relaciones exteriores. Los poderes de guerra permiten al Congreso regular los derechos y obligaciones de la Nación con enemigos, aliados y neutrales; ya con sus buques y aeronaves, con sus ciudadanos y su propiedad, y con las comunicaciones, comercio o cualquier otra forma de contacto. Alguna de estas actividades puede llevar a un conflicto entre las decisiones del Congreso y el derecho internacional, ya que si bien el derecho internacional es parte de la ley suprema de la Nación, es posible suponer una contradicción con las decisiones del legislativo. La limitación que establece el artículo 27 de no estar en contra los tratados de los principios de derecho público de la Constitución podría dar lugar a la suposición que el Congreso en aplicación de esos principios pudiera legislar en contra de la costumbre internacional y de tratados vigentes en caso de conflicto bélico, aún en violación del artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución. En una época como la actual de grandes contactos internacionales, todo lo que se refiere al comercio, finanzas, compra de armamentos, transporte y comunicaciones, ayuda exterior tanto para darla como para recibirla, todo lo que pueda ser reglado por la competencia de regular el comercio exterior, tiene una particular importancia dentro de las competencias del Congreso para determinar la política exterior. Sin dar una idea excesivamente belicista de las competencias del Congreso en materia de las relaciones exteriores, ya que el artículo 27 de la Constitución establece una obligación para el gobierno federal de *“afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras”* y

da como medio a tratados, aunque podríamos incluir todos los medios que el derecho internacional establece.

También corresponde recordar el art. 75 inc. 25 que establece la competencia del Congreso para permitir la introducción de tropas extranjeras dentro del territorio de la Nación y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él. Esta autorización puede hacerse en forma posterior al hecho ya que es una competencia diferente de la autorización al Poder Ejecutivo para declarar la guerra y hacer la paz.

Existe particularmente en el tema de las relaciones exteriores una competencia no legislativa del Congreso que debe mencionarse en primer lugar y es la capacidad mencionada en el inciso 25 del artículo 75. *"Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz."* Es un texto que varía sobre la Constitución de los Estados Unidos que dice que es el Congreso el que declara la guerra. Pero por tratarse de la cuestión que mayor repercusión puede tener en las relaciones internacionales debe ser el Jefe de Estado como representante principal de la Nación ante la comunidad internacional quién deba efectuar esa declaración. De la misma manera como que es él quién ratifica un tratado, que sea el Presidente quién declara la guerra no quiere decir que esté autorizado a hacerlo por su propia decisión. En esto debe interpretarse la norma de la Constitución Argentina como similar en sus efectos a la Constitución de los Estados Unidos.

No hay duda que en el momento que se redactó la Constitución la guerra y la paz era la decisión más importante en materia de política exterior, de esa capacidad se desmembraban las restantes competencias. En alguna dimensión lo sigue siendo, la guerra es la medida más dramática de todas las posibles en las relaciones internacionales. Sus dimensiones han variado y sus posibilidades y efectos son distintos desde la sanción de la Carta de las Naciones Unidas y de otras normas internacionales sobre el tema como son la Declaración de la Asamblea General sobre agresión y las Convenciones sobre Derecho humanitario. La guerra termina las relaciones con el

enemigo y deroga o suspende las relaciones que surgen de los tratados internacionales. Tradicionalmente también ha alterado las relaciones con las otra potencias generalmente modificando los tratados o imponiendo sobre ellos la elección de la neutralidad o de la beligerancia con sus consecuencias. Constitucionalmente la guerra suspende algunas normas constitucionales y les da a otras efectos distintos. Le concede al Congreso y al Presidente una capacidad formidable de poderes para movilizar y cambiar la vida y recursos del país y de sus habitantes. En este sentido es conveniente recordar que una declaración de guerra generalmente irá asociada con una declaración del estado de sitio en los lugares afectados y para cuya declaración se utilizará forma simplificada establecida en el art. 23 en caso de ataque exterior.

La declaración de guerra y toda actividad asociada con ella, salida de tropas del territorio del país, declaración del estado de sitio, debe resultar de la decisión colectiva y no de una decisión individual. Se distingue entre el derecho de conducir una guerra, que corresponde al ejecutivo y la competencia para iniciar las hostilidades que esta en manos del legislativo.⁷⁴

Se puede pensar que la declaración de guerra es una competencia que ha caído en *desuetudo* y que es hoy inaplicable, ya que en la práctica internacional contemporánea los Estados inician hostilidades sin hacer una declaración formal. Es aplicable estrictamente el principio de no uso de la fuerza establecido en el artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas que prohíbe la declaración de guerra en un sentido estricto.

Sin embargo, esta evolución de la práctica internacional es independiente de los principio constitucionales de tradición republicana que requiere de un juicio y de una decisión colectiva como actos previos de la iniciación de hostilidades.

En el caso de la Constitución americana esta es una competencia que se le da al Presidente y al Congreso y en

⁷⁴ HAURIOU, M. Précis de droit constitutionnel. Paris, 1929, pag. 422.

esto innova con respecto a la capacidad que tiene el Senado de aprobar los tratados internacionales que luego son ratificados por el Presidente. Les pareció a los constituyentes de Filadelfia que este era un tema demasiado trascendente e importante como para dejarlo solamente al Presidente y al Senado. Nuestros constituyentes dieron la aprobación de los tratados al Congreso, pero establecieron en el Presidente y el Senado la capacidad de declarar el estado de sitio por ataque exterior, como una forma atenuada y quizás previa a la declaración de guerra.

La competencia legislativa en el tema de un posible frente de operaciones militares tiene tres fuentes. Si existe un ataque exterior, el Senado puede autorizar la declaración del estado de sitio. Luego el Congreso puede autorizar la declaración de guerra. No hay duda entonces, que la Constitución da al Congreso la más amplia en una cuestión fundamental como la de paz o guerra, ya que los efectos que puede tener los habitantes pueden ser gravísimos. Para aclarar la extensión de los poderes del Congreso que se plantea en el derecho constitucional americano, es que los constituyentes argentinos agregan, su consentimiento para hacer la paz, (inc. 25), incluyen las autorizaciones sobre movimiento de tropas (inc. 28), y además en el inc. 29 el tema del estado de sitio como medida de emergencia, en caso de conmoción interior. Con estas normas el constituyente ha querido otorgarle al Congreso una competencia absoluta para todos los casos de movimientos de tropas y operaciones militares, es decir tener la decisión final en el tema. Aún en el caso de movilizar milicias que ha caído en desuso. A estas competencias no legislativas debe agregarse la competencia legislativa importante establecida en el inc. 27 cuando dice:

“Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.”

El establecimiento de las ordenanzas y reglamentos militares que son una competencia fundamentalmente legislativa del Congreso.

Una declaración de guerra es académica si la Nación es atacada o víctima de una agresión. Más allá de las medidas que tomara el Presidente inmediatamente en cumplimiento de

ordenanzas militares ya existentes para repeler esa agresión.. El Senado lo autorizara a declarar el estado de sitio y luego eventualmente el Congreso permitiría la declaración de guerra. El problema es más complejo cuando se trata de una agresión a un país que es parte de un sistema de alianzas militares o cuando hay una decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que invita a los Estados miembros a tomar medidas militares. En ese caso el debate parlamentarlo sería mucho más amplio. No existe fundamento para sostener que la participación del Congreso se limita a una declaración formal de guerra, su competencia es mucho más amplia, su autorización es. necesaria para cualquier actividad que implique el movimiento de tropas, en forma expresa o por implicación, en forma previa, o ratificando una acción urgente, por un acto legislativo o una resolución y también al autorizar partidas presupuestarias para la actividad militar.

En la actualidad la. declaración de guerra formal está fuera de lugar ya que fue prohibida por la Carta de las Naciones Unidas y porque en gran medida las naciones desean evitar las consecuencias tradicionales de la guerra, tanto como beligerantes como en las relaciones de terceros Estados con los beligerantes.

La autorización para concluir la paz existe en gran medida porque los constituyentes siguiendo a Story consideraban que la paz se hacía a través de un tratado internacional⁷⁵. Pero las guerras en la actualidad rara vez terminan con un tratado de paz, es por eso ya en la práctica del Congreso de los Estados Unidos se declaró el fin de ambas guerras mundiales por una resolución aún antes de que los tratados se firmaran.

Los poderes gubernamentales y la guerra.

Los poderes de guerra tienen un origen regalista, eran históricamente el fundamento del poder real. Por esta razón fueron los primeros en limitarse cuando del poder real se pasó a un poder ejecutivo republicano. Es bueno reconocer

⁷⁵ STORY, J- "Commentaries.." op. cit. #1173.

que no siempre el poder real en la guerra se asoció a un poder de conquista. En la Edad media fue la protección del Reino y de la Fe, *tuitio regni et ecclesiarum*. La conquista como fin de la guerra aparece en su mayor dimensión con el absolutismo monárquico.

El primer control parlamentario sobre la actividad bélica aparece en la tradición constitucional francesa con el incidente del Nootka Sound que enfrentó a Gran Bretaña y España. En la ocasión se encontraba vigente el Pacto de Familia de 1761 que unía a los Borbones de Francia, España, las dos Sicilias y Parma. Urgido por ese compromiso internacional, Luis XVI solicitó a la Asamblea Nacional el 14 de Mayo de 1790 a través de su ministro de Relaciones Exteriores Montmorin, un crédito extraordinario para armar catorce buques de guerra para el eventual conflicto con Gran Bretaña. La Asamblea Nacional concedió los créditos pero indicó que el derecho de hacer la guerra correspondía a la Nación y la declaración de una guerra debía ser decidida por decreto del cuerpo Legislativo. Pero esta decisión sólo podía ser tomada por *“propuesta formal y necesaria del rey”*, de manera que un poder no podía actuar sin el concurso del otro.

Esta primera limitación impuesta al poder ejecutivo en su capacidad para hacer la guerra decía,

*“En el caso de hostilidades inminentes o iniciadas, o de sostén de un aliado, o de un derecho que se deba defender por la fuerza de las armas”, el poder ejecutivo debe cursar, “sin retraso (sans aucun delai), la notificación al cuerpo legislativo”*⁷⁶

En caso de no cumplirse con este procedimiento, o si la necesidad alegada no fuera tal, se podía procesar a los ministros como criminales de *“lesa nación”* y aún requerir la cesación de las hostilidades. De esta manera la decisión de declarar la guerra se transformó en una decisión colectiva de los dos poderes. Este sistema fue inscripto en la Constitución del 3 de septiembre de 1791,⁷⁷ y es uno de los orígenes de la tradición republicana sobre los poderes de guerra.

⁷⁶ Artículo 3 del decreto del 22 de mayo de 1790, sancionado por la Asamblea Nacional.

⁷⁷ Título III, capítulo III, sección. 1, artículo 2.

La Argentina declaró la guerra en dos oportunidades desde su organización definitiva, se han mencionado las causas de la Guerra del Paraguay.

El segundo caso fue ocurrió en circunstancias de crisis institucional y aislamiento internacional. La Argentina declaró la guerra a Japón y a Alemania por decreto del 27 de marzo de 1945, como forma de eludir las consecuencias de una política de simpatía hacia el Eje que había llevado a nuestro país al aislamiento. Fue la ocasión en que todos los países americanos y aliados en la Guerra no reconocieron al gobierno argentino en 1944.

La Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz había sido *“convocada con objeto de adoptar medidas para intensificar el esfuerzo bélico de las naciones americanas unidas contra Alemania y Japón..”* Se reunió en Chapultepec el 21 de febrero de 1945. La Argentina no había sido invitada. El gobierno argentino había solicitado una reunión de cancilleres americanos para considerar su situación, este pedido no fue considerado en ocasión de la reunión en Méjico, pero se le adelantó que se le permitiría la adhesión al Acta final con la condición del cambio de su política exterior.

Los países de la Unión Panamericana resolvieron en esa ocasión,

“Declarar que la conferencia espera que la Nación Argentina cooperará con las demás naciones americanas identificándose con la política común que éstas persiguen y orientando la suya propia, hasta lograr su incorporación a las Naciones Unidas como signataria de la declaración conjunta formulada por ellas.”

Esta oportunidad fue aceptada por el gobierno militar argentino que decretó en acuerdo general de ministros el 27 de febrero de 1945:

“art. 2º A fin de identificar la política de la Nación con la común de las demás repúblicas americanas y solidarizarse con ellas ante amenazas o actos de agresión de cualquier país a un Estado americano,

declárase el estado de guerra entre la República Argentina por una parte y el Imperio del Japón por otra.

“art. 3º Declárase igualmente el estado de guerra entre la República Argentina y Alemania, atento al carácter de esta última de aliado del Japón.”

En esa fecha ya había concluido la Conferencia de Yalta, el ejército rojo había cruzado el Oder y se encontraba en los suburbios de Francfort, en el frente occidental, los ejércitos aliados ocupaban Dusseldorf y cruzaban el Rin. Brasil, que había declarado la guerra a Alemania y Japón el 22 de agosto de 1942, tenía una división luchando en Italia desde junio de 1944. La rendición incondicional de Alemania fue el 7 de mayo y la de Japón el 2 de septiembre de 1945

La evolución del concepto de “declaración de guerra”

Es en la limitación en el ejercicio de los poderes de guerra donde aparece inicialmente y con la mayor nitidez el fundamento de la forma republicana por oposición al régimen monárquico, el gobierno de varios y no el gobierno de uno. La tradición republicana supone la decisión colectiva y el gobierno deliberativo. Podemos citar como ejemplo la práctica de los EE.UU. donde como en nuestro país el Presidente es Comandante en jefe de las fuerzas armadas y el Congreso tiene la competencia de declarar la guerra.⁷⁸ La práctica institucional y la doctrina han desechado la pretensión del Ejecutivo que señalaba que la declaración de guerra había caído en desuetudo y que por lo tanto la competencia del Congreso era sólo una referencia histórica.

Es evidente que si bien una guerra no puede ser declarada, que no pueda estallar entre dos Estados y que un “estado de guerra” no pueda existir entre ellos, el uso de la fuerza militar no ha desaparecido de la actividad internacional. El control democrático no puede desaparecer ante estos incidentes, por el contrario debe acentuarse ya que el riesgo de participar en conflictos limitados ha aumentado.

El *desuetudo* de la declaración de guerra ha tenido como consecuencia cambiar la forma en que se ejerce el control

⁷⁸ Artículo II sección 2. (1) y artículo I, sección 8, (11), respectivamente.

legislativo de la actividad militar, sin modificar su contenido. La tradición republicana exige la intervención previa de las asambleas legislativas para permitir al Ejecutivo el inicio de las hostilidades. El derecho argentino distingue entre la decisión sobre el comienzo de la actividad bélica y la conducción de las hostilidades. La primera corresponde al Congreso, la segunda al Ejecutivo. Al mismo tiempo los constituyentes con la conciencia de que nuestro país pudiera realizar actividades riesgosas que comprometieran nuestra paz interior fueron más allá que las constituciones de los EE.UU. y de Europa y obligan al Presidente a solicitar el consentimiento del Congreso para la salida de tropas argentinas del territorio y para autorizar el ingreso de las extranjeras. De esta manera estableció el mayor control sobre las actividades que pudieran poner en peligro nuestra seguridad territorial, ya fuera por nuestra participación directa como por la asociación en un conflicto bélico en otras partes del mundo.

La autorización para la el ingreso de tropas extranjeras en el territorio argentino puede ser la causa de la inclusión de nuestro país en un conflicto bélico internacional, esa participación puede no ser querida por nuestra sociedad. Las mismas consecuencias pueden ocurrir en el caso de que tropas argentinas salgan de nuestro territorio e intervengan en un diferendo internacional que pueda arrastrarnos a un conflicto bélico. Dentro de nuestra tradición republicana, estas decisiones no pueden dejarse al puro arbitrio del poder Ejecutivo.

En el caso de la participación de la participación con tropas en actividades dispuestas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas la decisión del Congreso no puede, en principio ser excluida. Se trata del cumplimiento de las obligaciones de un tratado, aún cuando se trate de un acuerdo de vocación universal, que no puede reformar un principio de derecho público de nuestra constitución como es el del control parlamentario de actos que puedan llevar a un conflicto bélico.⁷⁹ Es una situación similar a la que pudiera

⁷⁹ La mención a “Principios de derecho público” de la Constitución esta referida, en todos los casos, a lo expresado en el artículo 27.

ocurrir en un tratado de alianza ofensiva y defensiva, la decisión final en cuanto al ingreso y salida de tropas quedaría en manos del Congreso.

En cuanto a los despliegues ordenados en cumplimiento de decisiones del Consejo de Seguridad y la participación de tropas argentinas en misiones de paz, la autorización parlamentaria no tiene la misma urgencia que en casos en que pueda ponerse en peligro la integridad territorial del país y la vida pacífica de sus ciudadanos. En aquellos casos la autorización puede ser solicitada con antelación y los fondos aprobados al considerarse anualmente el presupuesto.

La ambigüedad del término “guerra” complica la definición de las competencias constitucionales del Presidente y del Congreso frente a los conflictos armados. La actividad militar tiene un escalamiento gradual desde un simple incidente fronterizo hasta la guerra total, por lo que aparecen matices que complican la determinación de las competencias constitucionales.

Una posibilidad es la de incluir en el concepto constitucional de “guerra” a toda situación que requiera la utilización de la fuerza armada. En los Estados Unidos es la doctrina de la *War Powers Resolution* de 1973 que fuera aprobada por el Congreso superando el veto que le opusiera el Presidente Gerald Ford. Es una norma aprobada luego del fragor de la guerra de Vietnam y su principal objeto era el de limitar el poder presidencial. Su constitucionalidad ha sido atacada por los sostenedores firmes del poder presidencial pero hasta el presente la Corte Suprema no tomado una posición sobre el tema.

Esta norma considera como “guerra” a los efectos del control parlamentario, toda intervención de las tropas de los EE.UU. en el extranjero. Tal fue el caso de los conflictos de Granada en 1983, de Panamá en 1989 y particularmente de Kuwait e Iraq en 1990, donde se requirió de una votación de ambas Cámaras del Congreso para pasar de lo que era una salida de tropas del territorio de EE.UU. hacia Arabia

Saudita, Operación *Desert Shield*, a una operación ofensiva en el territorio de Kuwait, Operación *Desert Storm*.

Nuestra Constitución adopta una doctrina aún más amplia en materia del control parlamentario en el movimiento de tropas ya que requiere de la aprobación del Congreso para todo movimiento de tropas argentinas fuera del territorio. Esta posición estricta está justificada por la dimensión de la Argentina en la comunidad internacional lo que requiere de una mayor reflexión antes de cualquier participación en la utilización de la fuerza armada. Si los EE.UU. que son, desde hace casi un siglo, una gran potencia que interviene en conflictos internacionales sin mayor riesgo para su territorio y población, cumplen con el control parlamentario, con mayor razón la Argentina que puede sufrir gravemente de las consecuencias de una actitud belicista intempestiva tomada por su gobierno.

El control republicano por parte del Congreso cumple un doble objetivo. Por una parte asegura que la población, que es quién debe cumplir con la contribución de sangre sea debidamente representada en la decisión. Pero al mismo tiempo el debate parlamentario impone un momento de reflexión profunda, de ejercicio de la prudencia para que se asegure que la intervención armada coincide con el interés general y no es exclusivamente debida a un impulso de oportunidad política.

En los sistemas parlamentarios se mantiene la división entre el concepto clásico de “guerra” que requiere la autorización del Parlamento y otros conflictos donde la participación es decidida por el Presidente en Consejo de Ministros, como éstos tienen responsabilidad política ante las Cámaras el control se mantiene. Es el caso de Francia donde sus actividades militares en Zaire en 1978 y 1991, en Chad entre 1983 y 1984, y en el Golfo Pérsico en 1990, fueron decididas por los Presidentes Giscard d’Estaing y Mitterrand en Consejo de Ministros. Si bien no hubo discusión y decisión parlamentarias previas, los ministros informaron a la Asamblea Nacional y por tener responsabilidad parlamentaria hubieran podido ser censurados si no hubieran tenido la confianza de los legisladores.

La situación varió en ocasión de la guerra en el Golfo Pérsico en 1991. Si bien no existió una declaración de guerra a Iraq y Francia señaló que actuaba de acuerdo con sus obligaciones como miembro del Consejo de Seguridad, el Primer ministro solicitó la aprobación parlamentaria de una declaración gubernamental sobre la política en el medio Oriente, con la característica de que una votación negativa hubiera sido equivalente a un voto de censura y a la caída del gobierno. Fue aprobada en forma masiva.