

Una teoría económica del Derecho Comparado.

Cuando un sistema jurídico adopta una norma o institución para tratar una necesidad social, generalmente tiene una alternativa entre: (i) importar una norma de otro sistema o (ii) desarrollar esa norma por sí mismo. Generalmente la mayor cantidad de cambios en un sistema legal son debidos a transplantes jurídicos. Esto ocurre porque es mucho más sencillo y más barato tomar una norma ya existente y probada que desarrollar una norma propia. Porque otros sistemas han trabajado los problemas jurídicos concernientes a un tema y han establecido una solución que puede ser reconocida como eficiente y equitativa. Probablemente a través de una investigación propia e independiente un sistema jurídico puede llegar a la misma conclusión, pero es difícil que se pueda ganar algo con esta experimentación si se puede tomar el resultado probado de otra jurisdicción. Esto es particularmente útil en el derecho constitucional, ya que nuestro sistema ha sido en gran medida tomado de otro modelo que existía con anterioridad, y al mismo tiempo, debido a que las normas paralelas se establecieron hace un tiempo prolongado, más de un siglo, hay en la actualidad la posibilidad de comparar de que manera, normas similares han tenido desarrollos comunes o diferentes según las sociedades.

El prestigio del derecho comparado.

El hecho que los cambios jurídicos ocurran a través de normas tomadas de otros sistemas jurídicos nos plantea la primer pregunta importante: **¿Como decidir que norma tomar de otro sistema y cual práctica o norma desechar?** Una posibilidad habitual es el **prestigio**: Tomar un sistema legal que sea por algún motivo reconocido o aun admirado. De acuerdo con esta hipótesis, el sistema que toma la norma jurídica percibe que toma de otro sistema legal más evolucionado, en el sentido que el sistema del cual tomamos la norma se ha planteado la misma cuestión social y ha desarrollado una norma jurídica que tiene las consecuencias deseadas por el legislador. Antes que reinventar la rueda, es preferible adoptar las normas jurídicas de un sistema que se considera más evolucionado y modificarla de acuerdo con las necesidades propias. En muchos casos las nuevas normas son la consecuencia de la incorporación de una tecnología novedosa. Por ejemplo, al tomarse una tecnología nueva en un sistema de comunicación, se tomaron también las normas de la sociedad que desarrolló con éxito esa tecnología. Esto ocurrió en varios casos, como fue el caso en el sistema de comunicaciones ferroviario durante el siglo pasado.

Sin embargo, el **concepto de prestigio es un concepto equívoco**, primero porque es muy difícil de medir, no se puede saber cuál sistema puede ser más prestigioso que otro. El segundo problema, es que **no sabemos cuales son las fuentes del prestigio**. Si es debido a contactos educativos de quienes introdujeron esta propuesta, es decir, gente que fue y estudió en universidades en esos países, o es debido a contactos comerciales, a la facilidad del idioma, o a las posibilidades de becas en universidades que tienen sistemas parecidos. **Estas situaciones puede llevar a confusiones muy importantes.**

Tomemos el caso argentino. La Constitución Argentina y los fallos de la Corte Suprema han seguido muy de cerca la jurisprudencia y la doctrina de los Estados Unidos. Esto era bastante evidente en algunos momentos y bastante fácil de predecir. Cuando se adoptó la norma constitucional, con principios similares, el prestigio de su jurisprudencia ya tenía un largo período de práctica. De esta manera, siguiendo la propuesta de Sarmiento, fue sencillo incorporar los precedentes norteamericanos como precedentes propios. Sin embargo, en las primeras décadas del siglo XX por una influencia completamente diferente se aceptó el prestigio del derecho administrativo francés que es contradictorio con el de origen norteamericano, porque, este último, proviene de un sistema de gobierno presidencial con división de poderes y con un sistema de control judicial de constitucionalidad difuso. Frente a ello el sistema de gobierno francés era parlamentario y sin control judicial de constitucionalidad. Normas de origen tan diverso causarían una gran dificultad para su integración.

De esta manera, tenemos una tradición de doctrina francesa¹ de origen parlamentario, transplantada en el derecho administrativo argentino que tiene un sistema presidencial con control judicial. Consecuencia de ello es que contemos con el sistema adversativo en el control judicial y un sistema inquisitivo, es decir un sistema administrativo discrecional, en el proceso administrativo, con una corrección mínima por control judicial. A pesar que hayamos llamado a algunos de nuestros jueces en lo Contencioso Administrativo, esto no puede ocultar que el sistema contencioso administrativo en sus orígenes está dentro del Poder Ejecutivo, de la Administración y no del Poder Judicial.

Puede ocurrir que por **facilidades de idiomas se copien instituciones**. Parte de alguna doctrina constitucional argentina contemporánea sigue las líneas del derecho español o del derecho alemán tomado por autores españoles y a pesar de las diferencias

¹ No exclusivamente francesa, también italiana originalmente en la obra de Bielsa y recientemente la doctrina española. Pero en todos los casos provenientes de sistemas parlamentarios y sin sistema de control de constitucionalidad difuso.

enormes que existen entre el derecho constitucional español y el argentino estas interpretaciones algo forzadas aparecen en la doctrina.

La analogía con la microeconomía.

Se puede hacer una analogía entre la utilización de teoría microeconómica para explicar las diferencias entre cuestiones económicas entre países y las cuestiones jurídicas entre países. La teoría microeconómica explica la elección por los consumidores, empresas, proveedores de recursos y organismos gubernamentales en cualquier país del mundo. Pero **aunque la teoría sea la misma la configuración efectiva en cada economía nacional es diferente.** Algunas economías son exitosas y otras no. Algunas tienen la mayoría de sus recursos destinados a las industrias, otras destinadas a los servicios. Algunas tienen pequeñas empresas manejadas por sus propietarios, otras tienen empresas públicas y otras tienen grandes empresas multinacionales cuyas acciones cotizan en la bolsa. Uno se puede imaginar una teoría jurídica, que igual que la microeconomía, explique todas las reglas y las instituciones en cualquier sistema legal, lo sistemas variarían como lo hacen las economías por diferencias en gustos, en asignación de recursos y preferencias de los consumidores.

Siempre debemos plantearnos esta primera pregunta **¿cómo un sistema legal de resolverá una situación jurídica nueva?** El sistema jurídico elegirá la norma que dentro de diferentes alternativas sea la más eficiente y en general la más aceptable. Cuando un sistema jurídico adopta una **norma** que podemos calificar de **eficiente** se supone que **ha comparado las alternativas** y elegido la norma que tiene **el beneficio neto social mayor.** Cada sociedad desarrolla normas para determinar cuando y como se le debe entregar una compensación al propietario cuya propiedad el gobierno ha tomado por una expropiación, y elegirá las reglas que lleven a la utilización más eficiente de la propiedad privada y hará provisión más eficiente de servicios gubernamentales. Esto no quiere decir que la eficiencia requiera de la misma norma en cada sistema jurídico. Un gobierno puede determinar que los costos de compensar al propietario de un bien que ha sido expropiado son prohibitivamente altos y por lo tanto la jurisdicción puede llegar a decir que no deben compensarse esos bienes al propietario. Otro gobierno puede elegir compensar en algunas circunstancias mientras un tercer gobierno puede elegir compensar en todos los casos en que hay una privación o expropiación de derechos. Por supuesto **la actividad de los inversores variará en cada una de esas normas jurídicas, esas normas tendrán efectos diferentes.**

Los costos y beneficios de las normas jurídicas.

La hipótesis de la eficiencia económica propone que diferentes sistemas jurídicos pueden computar los **costos y beneficios de las normas jurídicas** para la misma situación **diferentemente**, porque los factores económicos reales como es la asignación de recursos y los gustos, son diferentes. ¿Qué factores económicos pueden explicar las diferencias jurídicas con respecto a la compensación por expropiación? Una es que las preferencias del público para los proyectos gubernamentales difieren sistemáticamente a través de los Estados. Cuando el público desea que se realice una actividad gubernamental, la ley puede no requerir compensación por la expropiación, o requerirla en un sentido muy estricto de instancias, para de esta manera subsidiar la acción gubernamental. Por supuesto, si esto ocurriera tendría un efecto ineficiente en el comportamiento de los propietarios o los que ejercen el dominio en esos casos. Ya que la compensación es improbable, pueden tener dudas antes de invertir o hacer mejoras en recursos que podrían ser expropiados.

Alternativamente, las preferencias del público pueden ser por una actividad gubernamental menor, entonces la compensación será requerida en una categoría mayor de instancias. Este requerimiento actúa como un alto precio en la expropiación por el gobierno de la propiedad privada, con lo cual se causa una menor cantidad de ella. Otro factor económico real que puede influir en las normas sobre compensación tiene que ver con las características de la propiedad privada y la extensión deseada a la acción gubernamental. Si el terreno a expropiar está constituido por pequeñas parcelas y la utilidad pública propuesta como sería el caso de una obra hidroeléctrica requiere que se sumen muchas parcelas, entonces, el costo para el gobierno de sumar una gran parcela a través de muchas pequeñas transacciones puede ser prohibitivamente alto. Permitir al gobierno la expropiación y disminuir el tamaño de la compensación pueden ser formas de que se permita al gobierno completar el proyecto de larga escala. **Las sociedades en donde la propiedad de tierra está menos concentrada, o donde la escala de los proyectos gubernamentales es menor, tendrán reglas diferentes para expropiaciones y para su compensación.**

Tomemos un ejemplo con respecto al régimen de utilización de aguas. Supongamos dos sociedades diferentes que tienen que desarrollar normas sobre los derechos de los propietarios que están río abajo para utilizar un flujo ininterrumpido de agua corriente. En una sociedad la población es escasa y los ríos son escasos, en otra la población es densa y los ríos caudalosos. La sociedad donde la población es escasa y los ríos también tendrán un mayor deseo de proteger la utilización del agua, sobre todo de los ribereños que están río abajo, ya que el agua es un bien relativamente escaso y por lo tanto valioso. Los utilizadores de río arriba tendrán un **incentivo muy elevado para capturar la mayor cantidad del flujo acuífero**, y estarán en

condiciones tanto para sus propios usos y como un método de **extraer rentas** de los que viven río abajo. En estas circunstancias uno se puede imaginar que el sistema legal requerirá a los que viven río arriba disminuir el uso del flujo del agua.

Al mismo tiempo, la sociedad donde la población es densa y los ríos caudalosos legalmente tendrá condiciones mucho más generosas para preservar la utilización del agua por los ribereños, ya que el agua es abundante y su precio bajo.

En contraste la hipótesis del prestigio, **la teoría económica llama la atención a factores mensurables** y por lo tanto puede hacer predicciones que pueden ser confirmadas o refutadas a través del estudio de la evidencia sistemática. Esto permite asociar a la incorporación del de derecho comparado el análisis de costo beneficio. La teoría económica no distingue entre importación e innovación doméstica en cuanto a las fuentes de el cambio legal. Presumiblemente la elección entre importación e innovación tiene que ver con el análisis de costo beneficio y factores que hacen que una norma sea aceptable. Se **favorecerá sistemáticamente los trasplantes legales jurídicos sobre innovación solamente cuando siempre tengan un beneficio neto social mayor** o que sean considerados más aceptables para la sociedad.

Existen razones económicas para esperar que la innovación jurídica provenga de tomar ejemplos de otros sistemas jurídicos. En ese sentido el prestigio o las teorías económicas tienden a hacer la misma predicción. Pero **la teoría económica también provee un análisis de cuando el pedido de una norma jurídica probablemente no ocurra, es decir los casos en que la innovación interna sea más barata que la importación.**

En suma podemos hacer una teoría económica del derecho comparado igualando algunos puntos que analizan o explican las diferencias y similitudes entre los sistemas jurídicos.

- 1) Las culturas jurídicas escogerán reglas jurídicas e instituciones ya sean de su propio sistema o de otro sistema cuando les parezca que esta **elección es eficiente**, es decir, tiene el beneficio social neto más elevado.
- 2) Las culturas jurídicas **compararán los costos sociales y los beneficios** de las diferentes normas jurídicas e instituciones.
- 3) Una cultura jurídica puede tener una **norma** para una situación particular que sea **diferente** de aquella de otra cultura jurídica si:
 - a) Los costos y beneficios percibidos de las normas son diferentes de lo que son en la otra cultura, o
 - b) La asignación de recursos en las culturas es muy diferente o
 - c) Lo que se considera justo varía en las dos culturas o

- d) Lo que parece ser aceptable en la sociedad por motivos históricos o sociales es diferentes en las dos culturas.

El análisis económico de las Relaciones Exteriores.

Capítulo, **Una visión de las relaciones internacionales.**

Las transacciones políticas tienen un mismo carácter, ya sean entre fuerzas de la política nacional, entre Estados-nación o entre mercados económicos, entre empresas o individuos particulares. Las transacciones están generalmente dirigidos al cambio en el marco institucional de una relación social, ya sea en una ciudad, un Estado-nación, la comunidad internacional, un mercado, una empresa, etc. Se caracterizan las transacciones por **objetivos parcialmente conflictivos, y por la racionalidad limitada de los que toman las decisiones.** La competencia entre Estados, habitualmente considerados las unidades de decisión política, juega un papel que puede llevar o no a situaciones que sean Pareto superior o mejoras de Pareto. La interdependencia competitiva produce una incertidumbre competitiva entre Estados, como ocurre entre las empresas. El deseo de cooptar a uno de nuestros competidores, y por lo tanto reducir la incertidumbre competitiva es un motivo importante para entrar en alianzas estratégicas entre Estados, como ocurre entre empresas y entre otras unidades de decisión. En cuanto a las transacciones políticas pacíficas, la situación es comparable al mercado del trueque. Las reglas del intercambio pacífico están basadas en tres normas fundamentales que mencionara Hume ² como elementos centrales de una economía de propiedad privada. Estas normas requieren la **estabilidad de la posesión** o su **transferencia por consentimiento** y el **cumplimiento de las promesas.** En la relación entre Estados, como entre individuos, es de la observancia estricta de esas tres leyes, que la paz y la seguridad de la sociedad humana dependen íntegramente. Por el contrario, no existe ninguna posibilidad de establecer una buena correspondencia entre hombres, donde estas leyes no se cumplan, según recordaba el mismo Hume.

El problema con el orden de las relaciones internacionales es que, o no está garantizado por una autoridad mundial superior, o ésta autoridad es más descentralizada que en la actividad nacional. Las relaciones internacionales son autoorganizativas y anárquicas. El derecho internacional codificado o no, no se aplica con la misma certeza que los derechos nacionales. La soberanía de los Estados subsiste y se debe confiar en los medios que esos Estados pueden generar y en los arreglos que pueden hacer para si mismos. Estos medios consisten en un amplio espectro de actividades diplomáticas incluyendo la aplicación de la fuerza. De todas maneras las guerras son actividades caras y riesgosas y se espera que los Estados no recaerán a ella como un medio habitual. Las transacciones políticas internacionales están ocupadas con la evolución, garantía y administración de las normas de operación de la comunidad internacional. En particular lo que está en cuestión es la **definición,**

² David Hume. A treatise of Human Nature. 1740. London, Penguin 1969, p. 578.

garantía y transferencia de derechos de propiedad políticos y económicos. Las transacciones llevan acuerdos implícitos, explícitos como los tratados y las situaciones entre medio. En otras palabras, los acuerdos son similares a las constituciones que gobiernan los mercados económicos y ellos incluyen los contratos relacionales.

El problema de distribución es central: **¿Quién obtiene qué de una relación?** La estrategia juega un papel. Debido a la racionalidad limitada y a la falta de conocimiento de lo que el futuro puede traer, es imposible para las partes estar de acuerdo ex ante de todas las eventualidades futuras que pueden afectar la relación. Ni tienen la habilidad para verificar todas las variables relevantes a terceros como es el caso de árbitros o tribunales internacionales. Las inversiones específicas de una transacción son generalmente necesarias, y por lo tanto puede ocurrir el oportunismo o comportamiento estratégico ex post. **Salvaguardias ex ante** contra comportamientos estratégicos pueden preverse y arreglarse, más aún, en las relaciones internacionales que lo que ocurre en las relaciones privadas o públicas hechas bajo la sombra del derecho nacional. Los peligros ex post de contratar incluyen la expropiación, la repudiación de la deuda, la confiscación, negarse a cumplir un acuerdo y otras formas de oportunismo. Los contratos internacionales no incluyen solamente a los gobiernos, pero también a empresas o a empresas y gobiernos a través de fronteras con respecto a la regulación pública de los contratos. De la misma manera que en los mercados económicos, es posible reducir la incertidumbre competitiva por medio de carteles, alianzas, ya sea militares, técnicas o económicas. Así como las empresas de alta tecnología pueden obtener ganancias a través de formas complejas de cooperación sobre desarrollo de productos entre empresas competitivas, las alianzas estratégicas y otro tipo de actividades que pueden ser también útiles para Estados que compiten. Esto se demuestre por la asistencia técnica y organizacional desarrollada por naciones desarrolladas entre si y con países en desarrollo.

Las alianzas estratégicas de Estados son similares y muchas veces coinciden con las alianzas estratégicas de industrias, como ocurre con la industria global de los automóviles, que tienen objetivos proteccionistas y agresivos. Por lo tanto, las comparaciones entre el juego de alianzas económica y política puede ser de interés. El problema de las alianzas es como salvaguardarlas o hacerlas cumplir, ya sea que estén en acuerdos bilaterales o multilaterales.

La salvaguardia de acuerdos internacionales.

Se pueden distinguir cuatro **técnicas de salvaguardia ex ante.**

1.) La primera la podemos llamar de **rehenes**. El rehén en este sentido puede ser cualquier cosa o cualquier persona de valor para el

que da un rehén. El que toma el rehén amenaza con destruir el rehén si la otra parte no cumple lo prometido. Este es el caso en el campo de las relaciones internacionales, el caso del tratado de misiles antibalísticos en 1962 entre los Estados Unidos y la Unión Soviética,³ porque en este caso hubo un intercambio mutuo de rehenes. Un intercambio con la intención de aumentar la confianza de cada lado que el otro cumplirá su promesa y no iniciaría una guerra nuclear.

- 2.) **Las colaterales.** Mientras que la característica del rehén es que este es valuado por el que da el rehén pero no necesariamente por el que lo recibe, los colaterales son también valuados por el que toma el colateral también. En la relación internacional en ese caso es el ejemplo de la ocupación por tropas alemanas y belgas de la región del Ruhr en Alemania en 1922 como colateral por el cumplimiento de las reparaciones comprometidas por Alemania después de la primera regla mundial.
- 3.) El tercero es **la atadura de manos.** Esta tiene un sentido particular si el que se compromete tiene la reputación de cumplir sus promesas. Atarse las manos es en un sentido general similar a entregar un rehén, en cada caso el que se compromete hace algo en el momento de concluir el acuerdo que tiene el efecto de hacer que su no cumplimiento fuera más costoso. Esto es similar a la teoría del acuerdo autoejecutivo. El **valor de la reputación** cumple en este caso una función central. Los ejemplo en relaciones exteriores es el caso de las declaraciones públicas de los miembros de la Unión Europea concernientes a cuestiones políticas, por ejemplo en el caso del cumplimiento del tratado de Maastrich de 1992. Luego de la declaración el no cumplimiento llevaría a una caída en la reputación del país que había efectuado la promesa.
- 4.) **Unión.** Como un método para reducir el riesgo de oportunismo, la unión es un acuerdo que busca reducir la divergencia al promover un espíritu de identificación o de compromiso entre las partes. En el caso de la unificación de Estados separados en un nuevo Estado Federal, una **autoridad se crea** que tiene la capacidad de hacer cumplir legalmente las obligaciones de los Estados miembros. En adhesión si el Estado Federal creado es una democracia los votantes podrán amenazar creíblemente no reelegir a los dirigentes actuales o a sus partidos. Los problemas de

³ Hermann Kahn imaginó la idea de enterrar una bomba en las montañas Rocosas que sería de tal poder que podría destruir la vida en el planeta y explotaría en caso de un ataque exterior, este sería el máximo rehén imaginable. Esa idea fue la base de la película de Stanley Kubric *Dr. Insólito (Doctor Strangelove)*

cumplimiento de derecho internacional público desaparecen entre los Estados miembros de un mismo Estado Federal.⁴

Algunas de estas estrategias se aplican o se intentan cumplir con resultado variado dentro de la estrategia del Mercosur. De esta manera el fortalecimiento del sistema de arbitraje y la búsqueda de instituciones comunes como podría ser un Parlamento común hacen parte de esta estrategia similar de manos atadas colaterales y también a una política hacia una unión, y la posibilidad de utilizar ya no el derecho internacional sino el derecho interno de los Estados.

El cumplimiento de acuerdos internacionales.

El cumplimiento de un acuerdo internacional utiliza el mecanismo de la reciprocidad para la competencia económica y política. El primer elemento es la terminación o denuncia. La amenaza creíble de terminar un acuerdo para siempre es aplicada en la **teoría de los acuerdos autoejecutivos**. Esto está basado en la hipótesis de que alguien mantiene su palabra solamente si obtiene mayores ventajas con el cumplimiento que con el incumplimiento. Este es el modelo del equilibrio de reputaciones. La idea puede ser aplicada a los Estados de la misma manera que empresas que quieren maximizar sus beneficios. El engaño puede ser prevenido y la entrega de productos de alta calidad puede ser asegurada si los Estados y sus votantes ganan un flujo continuo de ingresos que podría ser perdido si existe un resultado o una política de baja calidad que es producida por engaños.

Es decir, **se pierde más por el no cumplimiento del acuerdo** que por el cumplimiento, y la amenaza de la ruptura es suficiente influencia para que la otra parte cumpla el acuerdo. Es el ejemplo del GATT durante su larga vigencia hasta la creación de la Organización Mundial de Comercio. Una organización que no tenía como base un tratado sino el compromiso de todas las partes de cumplir con el acuerdo.

El **doy para que des**. También podríamos llamarlo esto por aquello, representa una **estrategia particular de retaliación dada información simétrica**. Consiste en la política de cooperar en la primera movida y luego hacer cualquier cosa que la otra parte haya hecho en la primera movida. De esta manera Estados pueden vivir actuando en forma conjunta en el futuro de la misma manera que lo hacen en el presente. De esta manera la elección hecha hoy determina no solamente el resultado de su comportamiento, pero también influye las elecciones futuras de los jugadores. El futuro puede establecer una sombra hacia el presente y por lo tanto afectar la situación

⁴ cf. Eirik Furubotn & Rudolf Richter. Institutions and Economic Theory. University of Michigan 2000. p.423.

estratégica actual. Los ejemplos en las relaciones internacionales son las retorsiones o represalias como el no cumplimiento de un tratado. Este comportamiento está previsto en el artículo 65 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que establece un **sistema de retorsión** cuando una parte no cumple un acuerdo y la otra lo revoca o suspende previa notificación de las intenciones respectivas a las otras partes.

Ejemplo para la vida económica es la respuesta a una reducción de precios con otra reducción de precios, a campañas publicitarias con campañas publicitarias similares, y la innovación de productos con movimientos similares. En el caso de información asimétrica, si el ataque es sutil, la retorsión inmediata puede ser evitada, porque el rival puede no estar en condiciones de responder efectivamente. Estas son técnicas de cumplimiento débiles o suaves. La forma de cumplimiento dura es la amenaza de la utilización de la fuerza. Si las primeras podían llevar a una situación que podíamos señalar como de divorcio, en este caso llevarían a la lucha y a la destrucción o aniquilación de una parte por la otra. El equilibrio en estas circunstancias es el modelo del equilibrio de poderes.

Sistema de equilibrio de poderes.

Los ejemplos han sido tradicionales y a partir del siglo XVIII se puede mencionar la Entente Cordial en contra de los poderes centrales antes de la primera guerra mundial, la NATO contra el pacto de Varsovia luego de la segunda. De acuerdo con la doctrina del equilibrio de poder, la cooperación entre los Estados necesariamente consiste en alianzas militares y políticas de Estados contra los adversarios. La teoría del equilibrio de poder puede ser interpretada como un contrato relacional implícito entre los adversarios, teniendo en cuenta las reglas básicas del juego, fundamentalmente el de respetar a pesar de guerras ocasionales la existencia de cada miembro. Es probable que sea una de las más antiguas técnicas de alianzas estratégicas en el mundo. El sistema de equilibrio de poder tenía asociado en los siglos XVIII y XIX lo que se llamaba el **“Estado pivote”** que era el que se sumaba al sector más débil para equilibrar cuando el sector más fuerte asumía un poder predominante. Gran Bretaña jugó esta función algunas veces y otras veces lo hicieron otros países como Francia. Luego de la primera guerra mundial la teoría del “Estado pivote” desapareció con la preeminencia de potencias mayores, notablemente los Estados Unidos. Esto nos lleva a otro concepto, que es el de la estabilidad hegemónica.

Estabilidad hegemónica.

El sistema de la estabilidad hegemónica está basado en el hegemón, un Estado poderoso que crea y garantiza un orden internacional o régimen internacional. Un sistema de normas es creado que opera en

ventaja del hegemón. Esto está basado teniendo en cuenta el ejemplo de la paz romana. Sobre ello se habló de la paz británica en el siglo XIX, y se menciona el imperio español en el siglo XVI. De ahí, a venido a establecerse la llamada *pax americana*, en la cual estaríamos en este momento. Ahora el concepto de hegemonía o de pura hegemonía no es muy realista. Ya que la hegemonía requiere de alguna cooperación para hacer o aplicar esas normas y por lo tanto el orden internacional debe también ofrecer alguna ventaja a los Estados de menor poder relativo. La teoría de la estabilidad hegemónica predice esas instituciones que son solamente estables y efectivas en la medida que la distribución de poder debajo de esa construcción permanece estable. Esta impresión de la *pax americana* es también sostenida por algunos autores de los Estados Unidos que ven a su país como el garante del nuevo orden. También es concebida con cierto rechazo por otros doctrinarios, muchos de ellos franceses.

La cooperación internacional continúa en general a pesar de la erosión de la hegemonía que existía entre Estados Unidos y la entonces Unión Soviética. En general la cooperación tiene importancia aún bajo una preeminencia hegemónica y es particularmente importante bajo lo que se llama la hegemonía posterior. Se ha hablado entonces de una cooperación hegemónica, y esta también se analiza utilizando argumentos económicos.

Cooperación hegemónica.

La cooperación de Estados soberanos bajo el liderazgo de un Estado poderoso es una forma de hegemonía débil. La fundación de regímenes internacionales u organismos internacionales como las Naciones Unidas o el FMI son resultados típicos de este tipo de cooperación internacional asimétrica. Por razones históricas un número de Estados se encuentran unidos a esta coalición, como es el caso de las potencias occidentales luego de la segunda guerra mundial, y los Estados del Pacto de Varsovia en la otra. En cada coalición un Estado tenía la posición de liderazgo.

Esta situación es comparable con la **transformación fundamental** mencionada por Williamson. La teoría contractual relacional tiene una aplicación directa en situaciones en que exista una dependencia bilateral entre las partes contratantes debido a la existencia de inversiones dependientes de la transacción. Esta transformación fundamental ocurre cuando lo que era una situación en que existía una oferta amplia al principio, se transforma en una de oferta bilateral en el futuro debido a que las inversiones que cada parte ha hecho en la relación le hacen muy difícil o costoso salir de la relación

bilateral. Esta transformación fundamental tiene consecuencias contractuales persistentes.⁵

En este caso el hegemon tendrá un comportamiento oportunista, es decir asumirá estrategias aún cuando tenga ciertos límites. Pero el hegemon también ayudará a establecer y garantizar algún orden pétreo, que en el régimen internacional consiste en principios, normas, reglamentos y procedimientos de decisión. La presencia de un hegemon asegura la existencia de reglas, y establece una estabilidad que es deseada por los miembros marginales.

En este sentido, un orden internacional es preferible a no tener ninguno. Desde el punto de vista de la teoría de los juegos, los regímenes son interpretados como soluciones cooperativas, juegos repetitivos de acción colectiva. Actores racionales bajo circunstancias apropiadas, tienen suficientes incentivos para cooperar entre si. Entre esos actores, estructurados, interacciones con forma de régimen van a aparecer y van a persistir. Si la cooperación continúa dentro de esos juegos depende de la estructura de pagos, la probabilidad de interacciones repetidas y del número de jugadores. La cooperación espontánea en estos juegos repetidos ocurre en raras ocasiones y que los regímenes estables dependen en cambio sobre las acciones organizativas del Estado dominante. El Estado hegemónico provee de un orden internacional que va más allá de su interés propio a pesar que la cooperación resultante puede ir en el mismo sentido y a favor de los intereses de los demás Estados también.

Los **regímenes internacionales** son, por supuesto, **casos especiales de contratos relacionales**. Legalmente no pueden ser impuestos debido a la soberanía de las naciones que hace difícil su aplicación legal, pero de la misma manera que los contratos ayudan a organizar relaciones mutuamente beneficiosas. Las reglas se cambian, se doblan o se rompen para cumplir con las exigencias del momento, y son muchas veces objeto de negociación y renegociación. Debido al costo de crear regímenes internacionales, una vez que estos existen tenderán a mantenerse y continuarán a favorecer la cooperación, aún bajo condiciones que no serían lo suficientemente benignas para establecer su creación si no existiera. En este sentido los regímenes internacionales son instituciones que ayudan a estabilizar las relaciones internacionales. Son la respuesta a los problemas de inversiones específicas, incertidumbre y costos de transacción. Reducen el amplio marco de el comportamiento esperable. Por lo tanto, en la medida que la incertidumbre declina y la información aparece como más disponible, la simetría de la distribución de la información es probable que se equilibre. En suma, los regímenes internacionales permiten a los Estados hacer acuerdos mutuamente

⁵ cf. Oliver Williamson. The Economic Institutions of Capitalism. New York, The Free Press. 1985. p. 61.

beneficiosos que de otra manera serían difíciles o imposibles de obtener.

También deben tenerse en cuenta los efectos que los **regímenes e instituciones internacionales** tienen en la **reputación de los Estados**. Al hacer el comportamiento pasado conocimiento común y fortalecer el valor futuro de la cooperación, las instituciones pueden llevar a los Estados a poner en un mayor valor a la reputación que da vivir de acuerdo a los acuerdos internacionales. Las instituciones proveen puntos focales para permitir a los Estados ponerse de acuerdo en un resultado particular en situaciones de equilibrio múltiple. El análisis de las relaciones internacionales parte de las consideraciones en materias de información, reputación, credibilidad y coordinación.

Puede establecerse un orden estable de alianzas, como la que organizó Bismarck entre 1870 y 1890, con la idea de limitar la actividad de Gran Bretaña como Estado pivote. En los sistemas bismarckianos, la alianza entre el Imperio Alemán, el Imperio Austro Húngaro y el Imperio Ruso eran una base de estabilidad en el concierto europeo. La destrucción de esta alianza llevó a la paz armada y a la Primera Guerra Mundial.

El análisis económico de los tratados internacionales.

Para realizar un análisis económico del derecho internacional las transacciones en las relaciones internacionales son análogas -en muchos aspectos- a las transacciones en los mercados privados. La principal similitud relevante es que la sociedad internacional es un lugar donde actores individuales o grupos de actores se encuentran, y en algunos casos tienen la posibilidad de cooperar, involucrándose en transacciones.

Por lo tanto, como en los mercados económicos, el sistema internacional está formado por interacciones de unidades independientes, principalmente Estados. Estos Estados interactúan para superar las deficiencias que les impiden consumir acuerdos mutuamente beneficiosos. Los actores de ambos sistemas (sistema doméstico y sistema internacional) están dispuestos a renunciar a cierta autonomía para obtener algunos beneficios. Podríamos decir que ambos son en su origen individualistas, se generan espontáneamente y son producto de comportamientos basados en intereses propios. Los activos intercambiados en este “mercado” internacional no son bienes y servicios en el sentido tradicional, sino activos propios de los Estados: componentes de poder. En la sociedad internacional el equivalente del mercado es simplemente el lugar donde los Estados interactúan para cooperar en asuntos particulares para maximizar sus canastas de preferencias.

La estructura particular de este “mercado” puede ser descrita de esta manera: comenzando con el estado de naturaleza, el primer nivel de intercambio es el que establece las reglas constitucionales sobre las cuales se dictara el resto de la normativa; el siguiente nivel de intercambio es el que permite abandonar el estado de naturaleza, estableciéndose la existencia de un mercado, derechos de propiedad, de los contratos, etc. Finalmente, pueden ser creadas instituciones para delimitar las transacciones futuras.

Las acciones de los Estados pueden tener “efectos” negativos o positivos en otros Estados. Estos efectos externos o externalidades negativas pueden llevar a los Estados perjudicados a tomar medidas para alterar estas actividades, a través de regulación estatal o modificando la regulación del otro Estado. Esto puede ser logrado con negociaciones bilaterales o medidas del tipo institucional, a través de tratados o la creación de organismos internacionales.

Para que exista una externalidad deben estar definidos en primer lugar los derechos de propiedad. Los economistas definen a las **externalidades reales** como el **efecto directo que la producción de un determinado bien o servicio, por parte de un agente económico, tiene sobre los excedentes de otros agentes económicos**. Las externalidades negativas implican que surgen costos que provienen de la producción o del consumo de dicho bien y que no son erogados por los oferentes del mismo. En el caso de los Estados el problema central para utilizar el concepto de externalidades es que la legislación que determina los derechos de propiedad proviene de los Estados mismos.

Los Tratados internacionales como Contratos

Los tratados pueden ser considerados como contratos al tratarse de acuerdos legalmente vinculantes. De la misma forma que los contratos, los tratados están destinados a ser una fuente de derechos y obligaciones para las partes. Ambos se basan en el intercambio mutuo de promesas sobre comportamientos futuros, y en general, ambos crean derecho únicamente para las partes. Sin embargo, la analogía entre tratados y contratos está lejos de ser completa. La diferencia principal entre ambos reside, en que en el caso de los tratados las partes obligadas son Estados y esto pone dificultades en cuanto a su aplicación. Sin embargo, los Estados tienden a cumplir con los tratados, a pesar de las dificultades en la solución de controversias. El modelo a aplicar es el de los contratos relacionales.

Los tratados son en realidad, contratos entre actores políticos que los negociaron y firmaron. Como en todos los contratos, los firmantes están interesados en maximizar las ganancias conjuntas provenientes del intercambio, esto es permitir a las partes que alcanzan su frontera

de Pareto. Un tratado en la frontera de Pareto para los actores políticos tendría la propiedad de que ningún tratado alternativo podría aumentar el apoyo político para uno sin disminuir el apoyo político para el otro. Por lo tanto, las reglas y procedimientos para la renegociación y la solución de diferencias en un proceso de integración, por ejemplo, serían posibles de explicar a través de una lógica de maximización conjunta del bienestar político.

Desde la perspectiva de la aplicación del análisis marginal o teoría de los precios al contrato, la clave del cumplimiento de un contrato es el precio de su incumplimiento. La teoría económica señala que un objetivo clave de un sistema de ejecución o cumplimiento del contrato es inducir a una parte a cumplir con sus obligaciones siempre que el cumplimiento traiga aparejado mayores beneficios al prometido que costos al prometedo, permitiendo a este último apartarse de sus obligaciones siempre que los costos del cumplimiento por parte del prometedo superen los beneficios del prometido. El objetivo es, por un lado, desincentivar incumplimientos ineficientes pero, por otro lado, incentivar los eficientes.

Muchos contratos son negociados bajo condiciones complejas y de incertidumbre, y no es económico para las partes el especificar por adelantado como deberán comportarse ante cualquier contingencia. En este tipo de contratos pueden surgir situaciones en las que es en el interés conjunto de las partes que una de las partes no cumpla con sus obligaciones.

Beneficios de los tratados

Los tratados ofrecen ciertos beneficios a los Estados:

- 1.) Los tratados representan de una manera clara y bien definida las obligaciones de los Estados;
- 2.) Los tratados pueden incluir métodos de solución de controversias explícitos;
- 3.) Los tratados establecen reglas para su ratificación y para su denuncia;
- 4.) Los tratados pueden establecer sanciones; y
- 5.) Terceras partes pueden acceder a su contenido con relativa facilidad.

La materia del tratado será determinante para establecer cual es el costo de su cumplimiento. En ciertos temas que son considerados de gran importancia para la política nacional será más difícil asegurarse su cumplimiento. La decisión de cumplir o no con el tratado será tomada basándose en costos y beneficios que muchas veces no estarán relacionados con el derecho internacional.

El derecho internacional y el consentimiento de los Estados..

Andrew Guzman señala que el derecho internacional funciona a través de sanciones directas y de reputación (*“reputational”*), y que estas tienen una fuerza limitada. Por lo tanto, el derecho internacional tendrá mayores posibilidades de tener un impacto cuando los intereses son relativamente modestos. La consecuencia de esto, es que la mayoría de los temas que reciben la mayor cantidad de atención - las leyes de los conflictos armados, límites territoriales, acuerdos de armamentos- serán rara vez afectados por el derecho internacional. Por otro lado, temas como cuestiones económicas internacionales, temas ambientales, etc., serán más fácilmente afectados por el derecho internacional.⁶

Este autor examina al derecho internacional a través de una perspectiva basada en el consentimiento. La teoría se basa en la existencia de consentimiento a través de Estados racionales y auto-interesados. El derecho internacional puede afectar el comportamiento de los Estados porque estos están preocupados por las sanciones directas y de reputación que traen aparejadas las violaciones al derecho internacional.

Las sanciones de reputación.

Una lista de factores que influyen el impacto de una violación en la reputación de un Estado, deberá incluir

- 1.) la severidad de la violación,
- 2.) las razones de la violación,
- 3.) El alcance del conocimiento de la violación por parte de los otros Estados, y
- 4.) La claridad del compromiso y de la violación.

Respecto al primero de los factores, podemos decir que una pequeña violación técnica tendrá un pequeño impacto comparado con una violación de mayor importancia. La severidad de la violación se encuentra relacionada con la magnitud del daño sufrido por otros Estados.

Las razones de la violación es otro factor importante para determinar la gravedad de la sanción. Cuando los Estados se obligan a través de un acuerdo, esperan que este será respetado por todas las partes. Sin embargo, reconocen que el cumplimiento de las obligaciones internacionales es imperfecto, y es entendido que bajo ciertas condiciones un Estado decidirá ignorar sus obligaciones.

El alcance del conocimiento de la violación por otros Estados afecta las consecuencias que tendrá sobre la reputación del violador del

⁶ Andrew T. Guzman A COMPLIANCE-BASED THEORY OF INTERNATIONAL LAW, California Law Review, December, 2002

acuerdo. Naturalmente, si la violación no es conocida por ninguna otra parte, no existirá una pérdida de reputación. La pérdida de reputación será también menor si la violación es conocida únicamente por un pequeño número de Estados.

Finalmente, un factor de gran importancia será la claridad tanto de la obligación internacional como de su violación. Las consecuencias sobre la reputación serán mayores cuando la obligación es clara y la violación inequívoca. Cuanto mayor sea la incertidumbre sobre una obligación, menores serán los costos en reputación por una violación. Esto es particularmente importante para el derecho internacional consuetudinario.

La discusión anterior trata a cada Estado como una entidad que se ve permanentemente manchada por una violación al derecho internacional. Sin embargo, el paso del tiempo reduce los efectos sobre la reputación de un Estado, y, por otro lado, un Estado podrá neutralizar las consecuencias de reputación de acciones pasadas a través de un cambio en liderazgo.

Las sanciones directas.

Si un Estado enfrenta sanciones directas por la violación del derecho internacional, es más factible el cumplimiento óptimo, ya que generalmente las sanciones sobre la reputación son más débiles que las sanciones óptimas. De la misma manera que el cumplimiento de un contrato no es siempre óptimo, el cumplimiento al 100% con el derecho internacional no es el nivel óptimo de cumplimiento. Como los individuos al obligarse por un contrato, los Estados al negociar un acuerdo no pueden anticipar todas las situaciones posibles que puedan presentarse, y en ciertas circunstancias los costos totales asociados con el cumplimiento superan los costos de la violación. En estos casos el no cumplimiento de la obligación es preferible. Como ya hemos señalado, este punto es entendido en el derecho contractual, al estar bien establecido que los daños de expectativa (*“expectation damages”*) incentivan el incumplimiento eficiente (*“efficient breach”*). El mismo razonamiento es aplicable en el derecho internacional. Cuando los beneficios totales de una violación de una obligación internacional superan los beneficios de su cumplimiento, es preferible la existencia de una violación. (Esto no significa que exista alguna forma sencilla para sumar los intereses de los Estados para determinar cuando los beneficios de una violación superan los costos.) Por lo tanto, un régimen bajo el cual las violaciones al derecho internacional hacen surgir daños de expectativa llevara a violaciones únicamente cuando estas son eficientes. En otras palabras, los daños de expectativa llevaran a niveles óptimos de disuasión.

Las sanciones directas pueden ser de distintos tipos, el más común consiste en medidas de retorsión tomadas por uno o más Estados contra el Estado que ha violado la obligación.

En algunos casos, la retorsión consiste en la decisión del Estado cumplidor de incumplir el acuerdo. Este tipo de represalia generalmente tiene la ventaja de imponer costos al Estado incumplidor y a beneficiar al Estado cumplidor. En muchos casos, sin embargo, el simple incumplimiento del tratado no será suficiente para prevenir una violación, y sobre todo, no será una sanción óptima.

Imaginemos que los Estados A y B esperan ganancias de 5 cada uno como resultado de un acuerdo ambiental, pero que ninguno tiene certeza de cual va a ser la ganancia real. Ambos Estados se obligan de buena fe, pero luego de firmado el acuerdo el Estado A se entera que como consecuencia del acuerdo tiene que sufrir una pérdida de 1, en lugar de una ganancia de 5, y el Estado B tiene una ganancia de 5, tal como era esperado. Si ambos Estados cumplen con el acuerdo, el beneficio total es de 4 (5 del Estado B, -1 del Estado A). Si el Estado A incumple con su obligación, y el Estado B anula el acuerdo, el beneficio total es de cero. A pesar de este resultado, el Estado A igualmente violara el acuerdo. La amenaza de incumplir con el acuerdo por parte de la parte perjudicada por la violación no será suficiente para lograr un nivel óptimo de disuasión. El nivel óptimo de disuasión requeriría que el Estado A enfrentara una sanción de 5 si violara el acuerdo.

Existen otro tipo de sanciones que no consisten en el incumplimiento del acuerdo para con la parte incumplidora. Estas son sanciones punitivas que no requieren estar directamente relacionadas con la violación es el caso del embargo.

Existen dos importantes problemas con la imposición de este tipo de penalidades. En primer lugar, **sin un sistema de solución de controversias, es difícil entre sanciones apropiadas e inapropiadas.** Es cierto que estas sanciones punitivas pueden ser potencialmente sanciones óptimas, sin embargo, generalmente no son impuestas por un tercero neutral sino unilateralmente por el Estado afectado. Existe entonces el riesgo de que las sanciones sean excesivas y sobre disuasivas. En segundo lugar, la imposición de estas **sanciones impone costos tanto en el Estado sancionado como en el sancionador.**

En algunas situaciones es posible imponer este tipo de sanciones y, como resultado, proveer incentivos más eficientes a los Estados.

Consideremos un **juego de un único periodo** en cual el Estado A viola el derecho internacional y el Estado B debe decidir si gasta o no recursos castigando al estado A. Asumiendo que el castigo es la

última jugada del juego, el Estado B no tiene ningún incentivo para imponerlo. El Estado A se da cuenta de esto, y por lo tanto no es disuadido de no violar sus obligaciones. En un juego de un solo periodo los Estados no impondrán sanciones a otros Estados cuando éstas sean costosas.

Sin embargo, la situación cambia cuando se trata de **un juego repetido** indefinidamente. Si los Estados interactúan repetidamente en el tiempo, puede ser valioso para los Estados desarrollar reputaciones de castigar a los transgresores. Si se sancionan a los incumplidores hoy, los Estados aumentan las posibilidades de cumplimiento en el futuro porque la amenaza de castigos futuros es creíble. Para mantener tal equilibrio utilizando sanciones, debe ser valioso para el Estado castigar la violación de hoy para lograr cumplimientos futuros. Esta condición se cumplirá cuando

- 1) Los Estados tengan tasas de descuento relativamente bajas;
- 2) El costo para el Estado que impone la sanción no sé demasiado alto con respecto al beneficio recibido cuando otros Estados cumplen con sus obligaciones;
- 3) Los beneficios de las violaciones no sean demasiado altos respecto a los beneficios de cumplir con la ley.

Sanciones bilaterales y multilaterales

En una relación bilateral, las sanciones señalan un deseo de castigar las conductas ilegales. Debido a que muchos de los factores que determinan la voluntad de un Estado de imponer una sanción -como el poder relativo de los dos Estados, las frecuencias de sus relaciones, y el estado general de las relaciones entre ambos Estados- tienden a perdurar en una relación bilateral, una reputación de sancionar violaciones es valiosa, relativamente fácil de establecer y de mantener

El uso de sanciones es mucho más complicado en un contexto multilateral. Enfrentados con una violación, todos los Estados tienen un incentivo para aprovechar gratuitamente (*“free ride”*), polizón, en los esfuerzos sancionatorios de los otros. Un Estado que impone una sanción se apropia solamente de una parte de los beneficios del acto. Otros miembros del grupo que no han impuesto sanciones también se benefician. Debido a que todos los Estados tienen un incentivo a ser *“free riders”*, se puede esperar un uso muy limitado de sanciones en un ambiente multilateral. Esto podría explicar por que las sanciones internacionales son muchas veces consideradas inefectivas. La distinción entre sanciones bilaterales y multilaterales se refiere a la naturaleza de la sanción, no la naturaleza de la obligación. El sistema de solución de controversias de la OMC se basa en reglas que permiten a la parte ofendida sancionar al Estado violador cuando todos los otros intentos de resolver la disputa fallaron. Esto sería una estrategia más sensible que una en la que todos lo Estados miembros

deben imponer una sanción aun cuando un solo Estado se ve afectado.

Relaciones complejas de largo plazo y relaciones simples de corto plazo.

El rol de la reputación implica que el derecho internacional es más poderoso en relaciones complejas, multifacéticas que en relaciones simples, unidimensionales. Cuando los Estados interactúan de diferentes maneras, una pérdida de reputación hacia uno de esos Estados puede ser más costosa que lo que sería en una interacción de una sola vez. El derecho internacional no puede afectar el comportamiento de un Estado en un juego de un solo momento porque la violación del derecho internacional no presenta consecuencias. Específicamente, las violaciones no afectan las futuras interacciones de los Estados. Precisamente lo inverso ocurre en las relaciones complejas y de largo plazo entre Estados. Debido a que cualquier interacción individual tiene un valor limitado comparada a la relación completa, un Estado tiene fuertes incentivos a cumplir con sus obligaciones en este tipo de relaciones aun sin sanciones explícitas.

Aceptación de las sanciones

Los estados que han violado una obligación internacional podrán, bajo ciertas circunstancias, ser llevados a aceptar una sanción voluntariamente. Si los Estados están dispuestos a someterse a la sanción, es posible hacerla mucho más efectiva. En lugar de simplemente imponer una sanción de reputación sumada a cualquier sanción directa que se pueda aplicar, el castigo puede ser creado para la violación precisa. Los beneficios de este sistema incluyen la oportunidad de resolver las controversias a través de arbitrajes o cualquier otro método de solución de controversias, un costo menor para los Estados reclamantes, la habilidad de adoptar sanciones óptimas y la posibilidad de elegir sanciones que tengan efectos menos negativos para el sistema internacional. Un estado se someterá a la sanción cuando los costos del castigo sean menores que los costos de no aceptarlo.

Podemos decir que un Estado tenderá a aceptar los procedimientos establecidos para tratar con las violaciones al derecho internacional cuando:

- 1) Enfrenta una severa sanción, como la expulsión de un tratado o de una organización por no someterse al procedimiento;
- 2) Cuando impone costos muy altos al Estado, tales como el riesgo de desmembramiento de la Unión Europea;
- 3) y cuando impone altos costos de reputación, tales como la reputación de ignorar procedimientos de solución de controversias ya establecidos.

Si los Estados someten sus disputas a algún tipo de sistema de solución de controversias y acuerdan cumplir con las sanciones que les son establecidas, es posible construir un sistema más efectivo y eficiente. Particularmente, es posible especificar sanciones que son consistentes con principios contractuales, tales como los daños de expectativa en el derecho americano, y su equivalente para el derecho continental. Por lo tanto, al igual que en el contexto doméstico, se puede lograr un sistema que lleve al incumplimiento contractual únicamente cuando este es ineficiente.

Los tratados internacionales y la regulación económica.

Las relaciones exteriores incluyen la cooperación internacional y no sólo el conflicto (art.27 de la Constitución argentina). Es a través de tratados, la actividad dentro de los organismos internacionales, la participación en la creación de la costumbre internacional. Estos son una parte importante de las normas constitucionales referidas a las relaciones exteriores.

Como dice el Federalista N° 64 el poder de hacer los tratados es especialmente importante ya que se refiere a la guerra, a la paz y al comercio y no puede ser delegado sino de tal forma y con tales precauciones que otorguen la mayor seguridad y que sea ejercitado por los hombres mejor calificados para la tarea, de la manera que conduzca de la mejor forma al bien común. De esta manera la Constitución provee que nuestras negociaciones para los tratados tengan todas las ventajas que pueden derivar de los talentos, información, integridad y de las investigaciones deliberadas, por una parte, y por el secreto y la rapidez por la otra.⁷

La Constitución establece en el art. 27 la obligación del gobierno federal de afianzar sus relaciones de paz y comercio con potencias extranjeras por medio de tratados. El procedimiento para la conclusión y ratificación de los tratados está dispersa en una serie de artículos, citemos primero, quizás por su mayor extensión, el 99 inc. 11, que establece estas competencias para 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..”*

En las competencias del Congreso dice en el artículo 75 inc. 22, en una reforma que ha sido de las más importantes, ya que resuelve la cuestión de la jerarquía de los tratados con el derecho interno, *“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”*

En un inciso anterior se refiere también a un tema internacional generalmente vinculado a los tratados, el inc. 15 establece la competencia del Congreso de *“Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación.”*

Todas estas normas son las que organizan las competencias sobre tratados. Aparece como función amplia del Poder Ejecutivo, la de

⁷ cf. JAY, J. "Federalist N° 64, cit. en CHASE, DUCAT. Constitutional Interpretation. p. 335.

negociar, redactar, concluir y firmar el tratado, ello con una serie de directivas programáticas de hacerlo con ciertos fines. Al Congreso establece el poder de aprobarlo o desecharlo. La tarea de éste, salvo en el caso de límites en que la Constitución les da una función algo mayor se limitaría a la aprobación o rechazo del tratado para que luego el Presidente pueda ratificarlo. Es conveniente recordar ya desde el inicio que la aprobación del Congreso si bien se hace utilizando la forma de ley, no tiene contenido Legislativo y solo se efectúa de cumplir con el requisito de la aprobación del tratado, la cual no produce efectos jurídicos más allá del establecido en el artículo 75 inc. 22, no forma el tratado parte del derecho interno hasta su ratificación por el Presidente y los demás requisitos establecidos en el mismo tratado como son el canje de ratificaciones, depósito y en algunos casos la existencia de un número mínimo de ratificaciones o adhesiones. Es necesario evitar la confusión de creer que la ley que aprueba el tratado transforma de por sí las normas del tratado en derecho interno.

Los tratados internacionales figuran en el artículo 31 como la ley suprema de la Nación, con la Constitución y las leyes federales, son todos supremos con respecto a la legislación local. Corresponde saber si tienen diferentes jerarquías con la Constitución y las leyes federales. descartado el tema de la supremacía de la Constitución sobre las leyes federales, corresponde saber si los tratados están en el mismo nivel de la Constitución o en el de las leyes, o si tienen una jerarquía propia diferente de ellas. La Constitución en el artículo 27 es menos exigente con los tratados que con las leyes federales con respecto a su constitucionalidad, porque mientras las leyes, como todo el resto del ordenamiento jurídico deben de estar de acuerdo íntegramente con ella, los tratados sólo deben coincidir con los principios de derecho público que ella establece.

Pero los tratados también involucran a otros miembros de la comunidad internacional, a otros Estados generalmente y éstos negocian de buena fe obligaciones internacionales y no esperan que la legislación interna les sea opuesta como excepción para no cumplir con los compromisos internacionales. Por ello la norma establecida en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que dice,

Artículo 27

El derecho interno y la observancia de los tratados.

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46

“Artículo 46.

Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.”

"1. El hecho de el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno."

"2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la practica usual y de buena fe."

Estos artículos de la Convención de Viena plantea uno de los problemas más complejos del derecho internacional, el conflicto entre las limitaciones constitucionales sobre la autoridad que puede comprometer al Estado internacionalmente y la necesidad de que exista una contabilidad internacional sobre la autoridad aparente para comprometer al Estado internacionalmente.⁸

La regla general es que un Estado no puede invocar el hecho que su consentimiento a ser obligado por un tratado ha sido expresado en violación con una norma de su derecho interno referida a la competencia para concluirlos, como una forma de invalidar el consentimiento otorgado. La excepción a la regla se aplica a casos donde la violación de dicha norma era manifiesta y concerniente a una disposición de su derecho interno de importancia fundamental. La ultima parte del artículo 46 define cuando el incumplimiento es manifiesto. Lo importante de esta norma de la Convención de Viena es que generalmente las disposiciones constitucionales sobre la capacidad y limites para concluir tratados internacionales no son totalmente claras, están superpuestas por tradiciones, por costumbres constitucionales y a veces por usos o practicas diplomáticas.⁹

La referencia del art. 46.1 de la Convención de Viena cuando indica que la violación debe ser manifiesta *"a una norma de importancia fundamental de su derecho interno,"* establece una coincidencia con el art. 27 de la Constitución que requiere el cumplimiento de los *"principios de derecho público"* de la Constitución para la validez de los tratados. Este concepto nos pone en la situación de sostener que existen en la Constitución normas de diferente jerarquía, separando del conjunto de reglas constitucionales aquellas que establezcan "principios de derecho público". El tema es polémico, aun cuando en el caso de los tratados internacionales es una distinción impuesta por la misma Constitución, además del derecho internacional, en la Convención de Viena.

⁸ Sobre el tema de los trabajos de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la principal obra es ROSENNE, S. The Law of Treaties, A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention. The Hague 1970 cf. pp. 266-9.

⁹ cf. WILDHABER, "Treaty-making power and Constitution" 19T1, p.176

En 1957, la Suprema Corte de los Estados Unidos en "*Reid v. Covert*" dijo con el voto de Hugo Black:

"..ningún acuerdo con un Estado extranjero puede conferir competencias al Congreso, o a otra rama del Gobierno, que estén libres de los límites de la Constitución.

"..las prohibiciones de la Constitución fueron establecidas para ser aplicadas a todas las ramas del Gobierno Nacional y no pueden ser anuladas por el Ejecutivo o por el Ejecutivo y el Senado combinados." (refiriéndose a la competencia de concluir tratados.)

"sería manifiestamente contrario a los objetivos de quienes crearon la Constitución, así como de los que fueron responsables de la Declaración de Derechos incluso ajeno a nuestra íntegra historia y tradición constitucional interpretar el Artículo VI (la pirámide jurídica) como permitiendo a los Estados Unidos ejercer poderes bajo un acuerdo internacional sin observar las prohibiciones constitucionales."

"esta Corte ha tomado retiradamente la posición que una ley del Congreso, que debe cumplir con la Constitución, esta en absoluta igualdad con un tratado, y que cuando una ley posterior en el tiempo fuera inconsistente, la ley en cuanto es extensión del conflicto anula el tratado. Sería completamente anómalo decir que un tratado no requiere cumplir con la Constitución cuando ese acuerdo puede derogado por una ley que debe ser coincidente con aquel instrumento."¹⁰

La ratificación.

La ratificación expresa el consentimiento definitivo del Estado de ser vinculado por un tratado. Es un acto solemne que aprueba las disposiciones de un tratado y se compromete a observar todas sus cláusulas. En los tratados bilaterales este instrumento de ratificación se canjea en una de las capitales de los Estados signatarios generalmente en una capital diferente de la que se firmó. En los tratados multilaterales se depositan los instrumentos en uno de los Estados contratantes que asume las funciones de depositario. En los tratados concluidos dentro del sistema de las Naciones Unidas el Secretario General es quién asume las funciones de depositario.

En los tratados multilaterales de carácter universal existe la posibilidad de la adhesión por parte de Estados que no hubieren participado en la negociación y firma. La adhesión cumple los mismos efectos que la ratificación y en muchos casos quién adhiere debe aceptar las decisiones tomadas por las partes en cumplimiento del tratado. Es el caso del "*acquis communautaire*" en la Unión Europea.

El Estado no está obligado a ratificar los tratados que ha firmado. La convención de Viena impone solamente la obligación de

¹⁰ cf. 354 U.S. 1, 16 a 18

no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor, artículo 18.

Se plantea la cuestión de saber si el Presidente puede no ratificar el tratado que ha aprobado el Congreso. Si bien un tratado que ha sido firmado con la autorización presidencial, enviado por ésta al Congreso para su aprobación, promulgada por el Ejecutivo la ley de aprobación, no podría dejar de ser ratificado, no existe modo de obligar al jefe de Estado a hacerlo. Podría dar lugar a una interpelación del Ministro de Relaciones Exteriores o a un voto de censura al Jefe de Gabinete de Ministros, pero el acto de ratificación es una actividad de la discreción del Presidente.

La ratificación es un acto discrecional del Estado, requiere ser tomado con la suficiente seriedad ya que es por este instrumento que el tratado vincula finalmente al Estado. La ley de aprobación es únicamente una autorización para ratifica. Solo luego de su ratificación los tratados son obligatorios y con precedencia sobre las leyes de la Nación, artículo 75 inc. 22 de la Constitución.

Un minucioso estudio de las consecuencias del tratado sobre la legislación interna es imprescindible antes de su aprobación y ratificación. Ello impone un período de reflexión que puede ser largo. En algunos países como los EE.UU. y Francia es situación fue la que produjo un retraso en la ratificación de los tratados de defensa de los derechos humanos, fue necesario un estudio sobre las consecuencias que ellos podrían tener frente a la legislación interna.

La publicación.

Una vez que entran en vigencia los tratados deben ser publicados en el boletín Oficial. En la Argentina son también publicados con la ley que los aprueba dando la impresión errónea que han entrado en vigor antes de su ratificación.

No pueden existir tratados secretos, ni cláusulas secretas de tratados internacionales. Deben también publicarse las reservas y las denuncias a tratados internacionales. Una norma internacional no publicada no podría hacerse valer en juicio.

Los criterios de eficiencia en los tratados internacionales.

Existen dos situaciones donde se puede imaginar conflictos entre la eficiencia en la división de poderes y la eficiencia del federalismo y las relaciones internacionales, son los casos de los acuerdos ejecutivos y los acuerdos internacionales de las provincias. La eficiencia de la división de poderes ocurre debido a que aumenta los costos de las normas que limiten los derechos individuales, por lo que son de esta manera Pareto positivas. Las dificultades en la aprobación de una ley

hace que la limitación de los derechos individuales que toda reglamentación supone será efectuada luego de un debate amplio y con respeto de los derechos constitucionales y de las minorías discretas o difusas. En segundo lugar la división de poderes lleva a una especialización dentro de la actividad gubernamental lo que también supone la aplicación de un criterio de eficiencia. En el caso de tratados internacionales el ejecutivo negocia y firma y el Congreso aprueba. La actividad legislativa es la de controlar entre otras cosas, la correspondencia del tratado con el derecho vigente y las consecuencias que sobre éste podría tener su aprobación.

Los acuerdos ejecutivos limitan la división de poderes en las relaciones internacionales. Los tratados ejecutivos entran en vigencia sin la aprobación legislativa y sin el trámite de la ratificación posterior, constituyen la creación de una norma internacional solamente con la voluntad del poder Ejecutivo. Plantéa sin duda un conflicto con los criterios ya analizados de eficiencia.

La eficiencia del federalismo es consecuencia de que favorece la competencia entre las provincias para atraer inversiones, población capacitada, creación de tecnología, especialización industrial entre otras cosas. Esa competencia está asociada con la reducción de costos de transacción interjurisdiccionales. Es mucho menos costoso trasladarse de una provincia a otra que de un Estado nacional a otro. En territorios amplios el federalismo reduce los costos de aplicación de las normas debidas a burocracias muy onerosas y se evita de esta manera las fallas de jerarquía.

La falta de participación de los gobiernos de provincia en los acuerdos internacionales hace que tengan un alto costo para ellas los tratados aprobados sin su conocimiento y consentimiento. Pueden ver sus intereses ignorados en una negociación internacional. Esa situación se agrava en los acuerdos ejecutivos que al no ser aprobados por el Congreso están fuera del conocimiento y del acuerdo de los representantes y de los gobiernos provinciales.

Los tratados ejecutivos. La regulación económica por acuerdos internacionales.

La distinción entre tratados y los acuerdos no sometidos a ratificación.

La distinción entre los acuerdos internacionales que son concluidos en forma solemne y aquellos que aceptan una forma simplificada está basada en gran medida en el derecho interno de cada Estado. El criterio distintivo es esencialmente formal en el sentido que es siempre sobre la base de procedimientos de conclusión requeridos por el derecho constitucional que se opera la distinción. Es

un criterio que varía según las necesidades de cada Estado, de esta manera, en los Estados Unidos el criterio distintivo entre los dos tipos de acuerdos resulta esencialmente de la aprobación senatorial por la mayoría de dos tercios. Es decir, que un tratado solo puede ser ratificado por el Presidente de los Estados Unidos si el Senado ha dado su asesoramiento y consentimiento (*the advice and consent of the Senate*), favorables por la mayoría de dos tercios. Como esta mayoría es excesivamente rígida existen acuerdos que tienen procedimientos simplificados, como es la aprobación por mayoría simple por las dos cámaras pero en un plazo determinado, este procedimiento fue utilizado en la aprobación del NAFTA.¹¹

La práctica bastante generalizada de asumir obligaciones por medio de acuerdos ejecutivos, con la variante latinoamericana de las notas reversales, ofrece el reparo de impedir un control democrático inmediato y sobre el mismo acto. Deja en el arbitrio del poder administrador la consumación de un acto para el que la Constitución ha fijado una gestión o competencia compartida entre los dos poderes políticos del Estado. Para escapar a tales recaudos sólo se han invocado razones prácticas, que hacen a la rapidez que reclaman ciertas negociaciones propias del ritmo acelerado de las cuestiones exteriores contemporáneas.¹²

Debe verse en la participación del órgano Legislativo una expresión de consenso, un medio de presencia de la opinión pública que interviene en las relaciones exteriores al igual que en la política interna.

En Francia, no es la aprobación parlamentaria la que establece la distinción, ya que la Constitución exige la aprobación parlamentaria aún para los acuerdos concluidos por un procedimiento simplificado. El único elemento distintivo entre el tratado y el acuerdo simplificado es la necesidad de ratificación. De acuerdo a las circunstancias políticas o a la importancia o características del tratado, se realizará o no el acto formal de ratificación. En general, los tratados de derechos humanos y los principales acuerdos de la Unión Europea han sido ratificados.

La ratificación es en todos los casos un acto puramente discrecional del jefe de Estado que puede negarse a realizarla por motivos de pura oportunidad política.

¹¹ Sobre los problemas constitucionales de la aprobación legislativa del NAFTA y en general para conocer la evolución del procedimiento de aprobación de los tratados en los Estados Unidos, ver. Bruce Ackerman y David Golove, *Is Nafta Constitutional?* Harvard University Press. 1995.

¹² cf. VANOSSI, J. Regimen Constitucional de los Tratados Buenos Aires, 1969, p. 76,

La conclusión de acuerdos sin aprobación parlamentaria y sin la posterior ratificación crean una situación de incertidumbre jurídica. Es por ello necesario que en todo acuerdo en que se afecten o establezcan derechos subjetivos de los habitantes se siga el procedimiento estrictamente constitucional de aprobación parlamentaria y ratificación.

El Presidente tiene competencias que los pueden llevar a concluir acuerdos por su sola autoridad. Como Comandante en Jefe puede firmar armisticios y otros acuerdos sobre temas políticos que puedan surgir del conflicto. Como jefe de Estado, es el representante en el exterior y en esas facultades puede concluir acuerdos en los que se reconoce un Estado o gobierno extranjero. Este último caso fue el que analizó la Suprema Corte en "*United States v. Belmont*" en que se analizó la constitucionalidad del "*Litvinov Agreement*" por el que los Estados Unidos reconocieron a la Unión Soviética. Dijo la Corte:

"..EL reconocimiento, el establecimiento de relaciones diplomáticas, la designación y el acuerdo con respecto a ellos, fueron todos parte de una transacción, resultado de un pacto internacional entre los dos gobiernos. Que las negociaciones, la aceptación de la designación y los acuerdos y entendimientos con respecto a ellos estaban dentro de la competencia del Presidente no puede ser dudado. EL poder Gubernamental sobre los asuntos internos esta distribuido entre el gobierno nacional y los diferentes estados. EL poder Gubernamental sobre los asuntos externos no está distribuido, sino que está investido exclusivamente en el gobierno nacional. Con respecto a lo que se ha hecho aquí, el Ejecutivo tiene autoridad para hablar como el único órgano de este gobierno. La designación y los acuerdos en conexión con ellos, no requirieron, como en el caso de los tratados, como el término es utilizado en la cláusula respectiva de la Constitución (artículo II, sección 2), el asesoramiento y consentimiento del Senado."

Un tratado significa 'un pacto hecho entre dos o más naciones independientes con un fin de bienestar público.'...Pero un pacto internacional, como en este caso, no es siempre un tratado que requiere la participación del Senado. Existen muchos de estos pactos, de los cuales, un protocolo, un modus vivendi, una convención postal y acuerdos como el que está ahora en consideración son ejemplos.¹³

El reconocimiento de Estados y gobiernos es una competencia del Poder Ejecutivo que se encuentra incluida en el manejo de las relaciones exteriores, enumerada en la competencia de nombrar y recibir diplomáticos.

Todo acuerdo que esté dentro de la competencia ejecutiva ya sea por el manejo de las relaciones exteriores, para la administración general del país (artículo 99 inc. 1 y 101 inciso 1), o porque fuera

¹³ 301 U.S. 324, 330-31 en 1937.

necesario para la ejecución de las leyes de la Nación (artículo. 99 inc. 2 y 101 inc.2) o de un tratado internacional, podrá ser concluido dentro de la práctica habitual de los acuerdos ejecutivos o por intercambio de notas reversales. Pero no podrían por este medio asumirse obligaciones que afectaran los derechos de los habitantes ya que para ello sería imprescindible la aprobación del Congreso.

El tema de los efectos jurídicos de los acuerdos ejecutivos y de la necesidad de legislación para tener efecto normativo fue analizada también en el caso "Belmont", ya mencionado:

*"Nítidamente, los poderes externos de los Estados Unidos son ejercidos sin relación con las leyes y políticas de los estados. ...y mientras que esta norma con respecto a los tratados está establecida por el lenguaje expreso de la cláusula 2, Art. VI, de la Constitución, la misma regla resultaría en el caso de todos los pactos y acuerdos internacionales por el sólo hecho que la competencia completa sobre los asuntos exteriores está en el gobierno nacional y no es ni puede ser sujeto de cualquier limitación o interferencia por los diversos estados. ..Con relación a todas las negociaciones y pactos internacionales, y con referencia a nuestras relaciones exteriores en forma genérica, los límites de los estados desaparecen. Para esos fines el Estado de Nueva York no existe."*¹⁴

Este caso se refería a la capacidad del Presidente de reconocer un Estado extranjero, en este caso la Unión Soviética, y a las consecuencias que ese acuerdo tenía para el derecho interno. Se trata de competencias del Presidente y el conflicto es con la legislación local. En el caso de existir legislación federal anterior que se opusiera al acuerdo es aquella la que prevalece.¹⁵ En el caso se trataba del conflicto entre notas reversales firmadas entre Estados Unidos y Canadá y legislación federal anterior.

Un caso posterior *Dames & Moore v. Regan*¹⁶ se refería a la situación planteada luego de la liberación de los diplomáticos rehenes en la Embajada de los EEUU en Irán. Cuando ese país el 20 de enero de 1981 finalmente entregó las personas capturadas, luego de un acuerdo en que se concluir todo litigio en juzgados americanos y se enviaban al arbitraje de un tribunal internacional. El Presidente Carter firmó una orden ejecutiva por la que se transferían los fondos bloqueados a Irán y se anulaban embargos contra esos fondos. La actora había obtenido una sentencia favorable en un tribunal federal contra Irán por incumplimiento de contrato y deseaba obtener su reparación en los fondos bloqueados. Para ello solicitó que las órdenes ejecutivas no fueran aplicadas. La Corte Suprema señaló que éstas órdenes no excedían las competencias presidenciales.

¹⁴ 301 U.S. en p. 331.

¹⁵ caso "United States v. Guy W. Capps, Inc. 348 U.S. 296 en 1955.

¹⁶ cf. 453 U.S. 654 (1981), citado íntegramente en BARRET, COHEN, Constitutional Law, cases and materials. Mineola, 1985 p.444.

El Juez Rehnquist dió el fallo por la Corte: *..el Congreso no puede anticipar y legislar con respecto a cada posible acción que el Presidente puede encontrar necesaria o cada situación posible en que puede actuar. Esa falencia del Congreso específicamente para delegar autoridad no implica “especialmente ...en las áreas de política exterior y de seguridad nacional”, la “desaprobación del Congreso” de la acción tomada por el Ejecutivo. Haig v. Agee, 453 U.S. 280, 288 (1981). Por el contrario, la sanción de legislación asociada en forma cercana (closely related) a la cuestión de la autoridad presidencial en un caso particular que demuestra la intención legislativa de acordar al Presidente una amplia discreción, puede considerarse que “invita” a dictar “medidas de responsabilidad presidencial independiente”. Youngstown., 343 U.S., at 637 (Juez Jackson en su voto). Al menos es así ya que no hay indicación contraria de la intención legislativa y cuando, como aquí, hay una historia de aquiescencia del Congreso en las conductas del tipo que ha tomado el Presidente.*

..La práctica pasada no crea competencias por sí misma, pero “una práctica continuada a lo largo del tiempo, conocida por el Congreso y con su aquiescencia, crea la presunción que la acción ha sido tomada con su consentimiento...”U.S. v. Midwest Oil Co., 236 U.S. 459, 469 (1915).

..Cuando, como aquí, la solución de reclamos ha sido determinada como un incidente necesario para la resolución de una disputa de política exterior importante entre nuestro país y otro, y cuando, como aquí, podemos concluir que el Congreso prestó su aquiescencia a la acción presidencial, no estamos preparados a decir que el Presidente no tiene el poder para solucionar esos reclamos.

Este precedente asocia la legitimidad de los acuerdos ejecutivos con la aquiescencia del Congreso. De esta manera el Presidente no podría concluir un acuerdo simplificado si existe una opinión contraria expresada por el Congreso, ya que si lo hiciera estaría contrariando la letra de la Constitución en cuanto al control parlamentario. Simplemente el acuerdo ejecutivo sería una excusa para entrar en un compromiso internacional que si fuera enviado al parlamento sería rechazado.

La práctica de los acuerdos en forma simplificada no ha cesado de desarrollarse, es un fenómeno común a los sistemas jurídicos contemporáneos. Son una respuesta a las exigencias actuales de la vida internacional por su agilidad y flexibilidad. Toman la forma del intercambio de notas reversales, de acuerdos simplificados o de acuerdos ejecutivos. Han tenido su origen en los usos internacionales como fue el caso originalmente de los tratados, que constituyen un “sistema organizado de identificación, de reconocimientos y de conocimientos, de tradiciones y de hábitos, de cortesías y de presunciones.”¹⁷

¹⁷ cf. REUTER, P. Introduction au droit des traités. París 1985, p. 57.

En la Argentina los acuerdos simplificados no están legislados, constituyen una práctica diplomática que es ajena a la Constitución. Corresponde decidir si han creado una costumbre que completa las normas constitucionales sin violentarlas, incorporando de esta manera un instrumento que acepte la celeridad y flexibilidad de la vida internacional facilitando la ejecución de la política exterior. O, que por el contrario, constituyen una forma velada de agredir la Constitución evitando el control republicano que ejerce el Congreso sobre los actos del gobierno.

Es posible que el Presidente utilice el derecho internacional como forma de ejercer una función legislativa 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.

El caso *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, la *opinion de Jackson*. 343 U.S., en 637

Este caso es recordado por la opinión concurrente del Juez Robert Jackson que estableció la doctrina de la flexibilidad de las competencias presidenciales.

La importancia de esta decisión hace su mención inevitable:

“El arte de gobernar bajo nuestra Constitución no se conforma y no puede conformarse a definiciones judiciales del poder de alguna de sus ramas basa en cláusulas aisladas o en algún artículo separados de su contexto. Si bien la Constitución privilegia la difusión del poder para asegurar la libertad, también contempla que la práctica integrará a los poderes dispersos en un gobierno eficaz. (workable). Asocia en sus ramas separación pero también interdependencia, autonomía pero también reciprocidad. Los poderes presidenciales no son fijos sino que fluctúan, dependiendo de disyunción o conjunción con los del Congreso. Podemos comenzar con un agrupamiento algo sobre simplificado de situaciones prácticas en los cuales el Presidente puede dudar, o en otras puede enfrentar sus poderes (los del Congreso) y distinguir someramente las consecuencias legales de este factor de relatividad.”

“1) Cuando el Presidente actúa siguiendo una autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad está en el máximo, porque ella incluye todo lo que posee por derecho propio más todo lo que el Congreso le puede delegar. En estas circunstancias, y en éstas

solamente, se puede decir que personifica la soberanía federal. Si su acto es considerado inconstitucional en estas circunstancias, significa usualmente que el gobierno federal como un todo indiviso carece de competencia. Una toma ejecutada por el Presidente siguiendo una ley del Congreso estaría apoyada por más fuerte presunción y la más amplia latitud de interpretación judicial, y el peso de esta presunción se apoyará pesadamente en aquellos que pudieran atacarla.

2) Cuando el Presidente actúa en la ausencia de una concesión o de un rechazo de autoridad del Congreso, sólo puede contar con sus poderes propios independientes, pero existe una zona de penumbra en la cual el Congreso puede tener una autoridad concurrente, o en la que su distribución es incierta. Por lo tanto, la inercia del Congreso, su indiferencia o aquiescencia puede a veces, por lo menos en cuestiones prácticas, permitir o aún invitar, medidas de responsabilidad independiente. En esta área cualquier prueba efectiva de poder dependerá probablemente en los imperativos de los hechos y en imponderables contemporáneos más que en teorías abstractas de la ley.”

3) Cuando el Presidente toma medidas incompatibles con la voluntad expresa o implícita del Congreso, su poder está su mínima expresión, porque en ese caso sólo puede confiar en sus poderes constitucionales propios menos cualquier poder constitucional que el Congreso tenga en la materia. .. Una pretensión presidencial a una competencia tan concluyente y excluyente debe ser escrutada con cautela, porque estaría en juego el equilibrio establecido en nuestro sistema constitucional.”¹⁸

Esta opinión es notable por ser pionera en señalar la esterilidad de la búsqueda de los poderes inherentes del Presidente enfrentándolos con el Congreso, antes bien la necesidad de asociar la voluntad de ésta en la decisión presidencial. Esta decisión de Jackson ha sido considerada por la misma Corte Suprema como *la mejor combinación de análisis constitucional y de sentido común que existe en este tema.*¹⁹

El acuerdo simplificado supone que su vigencia coincide con la firma del instrumento o luego de una autorización gubernamental que no es la ratificación. Son una consecuencia de la internacionalización creciente de las funciones del Estado que requieren de la necesidad de concluir ciertos acuerdos con prontitud. El reconocimiento constitucional de los acuerdos internacionales que no han sido sometidos a ratificación podría dar lugar a un crecimiento anárquico de la normativa internacional. En el caso de la cooperación que interesa a todos los ministerios, a tal punto que la mayoría de ellos

¹⁸ cf. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635-37, 1952. Jackson, J. concurring.

¹⁹ cf. *Dames & Moore v. Regan*. 453 U.S. 654 , 1981., dicho en la decisión redactada por el Presidente de la Corte Rehnquist.

tienen direcciones o servicios con actividad internacional, si cada administración utiliza este procedimiento para forma jurídica a sus actividades internacionales el resultado podría crear un caos normativo.

La Constitución no confiere expresamente competencias para concluir acuerdos internacionales que no sean tratados. El argumento principal para su desconocimiento es que el Presidente y el Congreso juntos personifican la soberanía nacional en relaciones internacionales y son los únicos que pueden ejercer todos los poderes inherentes a tal. Pero al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que los acuerdos ejecutivos, es decir, sin cumplir con las condiciones requeridas por la Constitución para los tratados internacionales, existen en nuestra práctica constitucional.

¿Donde encuentra el Presidente autoridad constitucional para concluirlos? ¿Como distingue uno un acuerdo que puede ser ratificado por el Presidente con la aprobación del Congreso de uno que entra en vigencia con la exclusiva autoridad presidencial. ¿Están los acuerdos ejecutivos sujetos a las mismas limitaciones constitucionales que los tratados, es decir limitarse al cumplimiento de los principios de derecho público? ¿Tienen la misma categoría que establece la Constitución para los tratados internacionales, la misma supremacía sobre las leyes, y el resto del ordenamiento jurídico?

El fallo *Belmont* involucró un acuerdo incidental al reconocimiento de la Unión Soviética y la opinión se Sutherland puso su énfasis a ese hecho. El reconocimiento es indiscutiblemente responsabilidad exclusiva del Presidente y es un poder enumerado en los poderes expresos del Presidente para nombrar y recibir Embajadores. *Belmont*, entonces, podría sostener solamente que los poderes específicos y exclusivos del Presidente, principalmente aquellos en respecto del reconocimiento y sus poderes como Comandante en Jefe, apoyan acuerdos con su autoridad exclusiva. Pero, hemos visto, todo el manejo de nuestras relaciones exteriores es conducido por el Poder ejecutivo solo con las limitaciones que expresamente establece la Constitución. La Corte Suprema en realidad pareció encontrar autoridad para el Litvinov Agreement no en el control exclusivo del Presidente de la política de reconocimiento sino en su autoridad como “órgano exclusivo” y en la existencia de un “poder de asuntos exteriores” que apoya no solamente la capacidad para el reconocimiento de gobiernos, sino competencias internacionales más amplias. La Corte Suprema reiteró su opinión en el caso *US v. Pink*, 315 US 203 en 1942.

En verdad ha habido sugerencias, reclamando apoyo en *Belmont*, de que el Presidente es constitucionalmente libre de hacer cualquier acuerdo sobre cualquier tema que involucre relaciones con otro país, aunque por razones políticas, especialmente si requerirá

más tarde implementación del Congreso, busque a menudo su consentimiento.

Como un asunto de interpretación constitucional, sin embargo, ese modo de ver es inaceptable, puesto que quitaría totalmente del Congreso el control democrático que la Constitución establece en la conducción de las relaciones exteriores. La práctica internacional nos impone una conclusión preliminar que es que hay acuerdos que el Presidente puede hacer con su autoridad única y otros que se pueden hacer solamente luego de la aprobación del Congreso, pero no existe una delimitación exacta de cual es cada categoría.

Aún cuando la existencia de acuerdos ejecutivos sea constitucional y éstos sean vinculantes para las partes, aparece una distinción a realizar en cuanto a la jerarquía de éstos y el resto del ordenamiento jurídico. Es el caso de saber si el acuerdo ejecutivo puede prevalecer ante una ley del Congreso incompatible y anterior.

Por otra parte las consecuencias financieras de este tipo de acuerdos dependen directa e inmediatamente de las partidas presupuestarias realizadas por el Congreso. Mientras que el Congreso habitualmente se ha sentido obligado a aprobar las partidas requeridas para el cumplimiento de los compromisos asumidos en los tratados, podría no sentir la misma obligación si considerara indebido el acuerdo concluido por el Poder Ejecutivo.

Los acuerdos ejecutivos son un acuerdo abreviado que tienen sin embargo los mismos efectos que los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados posteriormente. Su utilidad se concentra en la integración económica y son una manera de regular la actividad económica.

Alfonso Santiago, Thury Cornejo y Juan José Galeano han señalado la variedad de temas tratados por los acuerdos ejecutivos. Indican que ²⁰

“Mientras en unos predominan las cuestiones políticas y diplomáticas²¹, en otros lo hacen las cuestiones de índole técnica o materia específica, ya sean en el área económica, militar, cultural, educativa, sanitaria, administrativa, etc. Algunos carecen de toda vinculación directa con normas legales o convencionales antecedentes, mientras que otros -

²⁰ Cf. Alfonso Santiago (h), Valentín Thury Cornejo y Juan José Galeano, 'Tratado de la delegación legislativa. Abaco. Buenos Aires, 2003. p. 635.

²¹ Un ejemplo han sido los acuerdos con Gran Bretaña, luego de la Guerra por la recuperación de las Islas Malvinas en 1982: entre ellos, el Acuerdo de Madrid del 15/2/90, por el que se restablecieron las relaciones diplomáticas; el acuerdo de Londres del 14/7/99, por el que se permitió reanudar los vuelos entre las Islas y el Continente; así como el acuerdo por notas reversales del 23/2/2001, por el que se extendió aquél permiso a barcos y aviones privados para hacerlo sin escalas. Anteriores a la Guerra fueron, por ejemplo, el Acuerdo por notas reversales sobre la Construcción de un Aeródromo provisorio en las Malvinas por el Gobierno Argentino”, del 2/4/72; el Acuerdo por notas reversales por el que ambos gobiernos aceptan el Convenio de Compra de las Empresas Ferroviarias Británicas, del 13/2/47.

sobre los que nos ocuparemos de modo especial- son celebrados con invocación y en virtud de aquellas.

Con carácter meramente enunciativo señalamos algunos:

acuerdos de creación de controles integrados aduaneros²²;

acuerdos de interconexión gasífera²³;

acuerdos sobre normas que regulan la interconexión eléctrica y el suministro de energía eléctrica²⁴;

acuerdos modificatorios sobre doble imposición tributaria²⁵;

acuerdos sobre cooperación minera;

acuerdos de transporte terrestre, marítimo y aéreo²⁶;

acuerdos sobre sanidad vegetal;

acuerdos de cooperación en materia de hidrocarburos²⁷

acuerdos relativos a temas limítrofes²⁸;

acuerdos en el ámbito de las telecomunicaciones²⁹;

acuerdos relativos a la provisión de facilidades y servicios satelitales³⁰;

acuerdos en materia de deuda pública, con Estados extranjeros³¹ y organismos internacionales de crédito³²;

²² Acuerdo de Recife, del 18/5/94, entre Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina.

²³ Por ejemplo, Memorandum de Entendimiento relativo a los intercambios Gasíferos e Integración Gasífera entre los Estados Partes del MERCOSUR, aprobado posteriormente por Decisión 10/99 del CMC, el 7/12/99.

²⁴ Por ejemplo, el Acuerdo de Complementación Económica [AAC] N° 16 con Chile, con firma y entrada en vigor el 2/8/91 con sus protocolos. Posteriormente un nuevo protocolo, sobre “normas que regulan la interconexión eléctrica y el suministro de energía eléctrica”, con firma y entrada en vigor el 29/12/97.

²⁵ Protocolo Modificadorio del Convenio suscripto el 15 de noviembre de 1979 entre la República Argentina y la República de Italia para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y prevenir la evasión fiscal, celebrado el 3/12/97 y en vigor el 14/3/01.

²⁶ “Acuerdo por canje de notas entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Italiana modificadorio del Acuerdo sobre Transporte Aéreo del 18-II-1948 [con aplicación provisional desde la firma y aprobado por ley 13.913] y del Memorandum de Entendimiento del 18-XI-1994”, con firma y entrada en vigor el 9/3/01.

²⁷ Por ejemplo, Convenio de cooperación tecnológica entre YPF y Petrobrás de Brasil, firmado y con entrada en vigor el 9/12/86; Protocolo Sustitutivo del Octavo Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica N° 16 entre Argentina y Chile, firmado el 20/8/99 y en vigor el 19/9/01.

²⁸ Por ejemplo, “Acuerdo con Brasil para mejorar la identificación del límite en un tramo del Río Uruguay”, firmado y en vigor, el 16/9/82; “Compromiso para someter a arbitraje el recorrido de la traza del límite entre la República Argentina y la República de Chile entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy”, firmado el 31/10/91.

²⁹ Por ejemplo, Acuerdo especial de cooperación con Chile para el Desarrollo en Materia de Telecomunicaciones, firmado y en vigor el 29/8/90;

³⁰ Por ejemplo, “Acuerdo concerniente a la provisión de facilidades satelitales y la transmisión y recepción de señales hacia y desde satélites para la provisión de servicios satelitales a los usuarios”, con Estados Unidos (5/6/98), España (12/4/99) y Canadá (17/10/2000).

*acuerdos relativos a biotecnología y bioseguridad*³³;
*acuerdos sobre gestión municipal*³⁴;
*acuerdos con la Iglesia Católica*³⁵.

Cafés la Virginia S.A.”, Fallos 317:1282 (1994).

En este caso, la sociedad actora –importadora de café crudo (verde) en grano originario de Brasil- había iniciado demanda judicial contra la Administración Nacional de Aduanas por repetición de lo pagado en virtud de la resolución ME 174/86 (que establecía un “derecho de importación adicional”) y los artículos 22 y 23 de la ley 23.101 (que fijaban un gravamen con “destinación al Fondo Nacional de Promoción de Exportaciones”). Alegaba que se encontraba amparada por el “arancel cero” previsto en el Acuerdo N° 1 suscripto entre Argentina y Brasil el 30 de abril de 1983 (celebrado como acuerdo de alcance parcial, en los términos del artículo 7° del Tratado de Montevideo de 1980), el cual había sido desconocido por las normas mencionadas. Dice el fallo,

..los tratados deben ser interpretados de buena fe –art. 31, inciso 1º, de la Convención de Viena ...- y desde esta pauta hermenéutica esencial no es coherente sostener que el Tratado sólo consagra un compromiso ético pero no jurídico, una expresión de buena voluntad de los países signatarios para ‘tratar de aplicar’ ventajas, favores, franquicias, etc. Por el contrario, el Tratado habla de los ‘derechos y obligaciones’ que se establecen en los acuerdos de alcance parcial, de procedimientos de

³¹ Por ejemplo, acuerdo con Italia para la consolidación de la deuda externa, firmado y con entrada en vigor el 11/11/93. En sentido inverso, siendo Argentina acreedora, pueden mencionarse: Acuerdo por canje de notas sobre refinanciamiento de la deuda externa cubana, del 27/1/87 y 3/2/87; Convenio de Crédito con Cuba, firmado y en vigor el 27/4/88.

³² Por ejemplo con el FMI, el BID, el Banco Mundial, etc. En particular, es oportuno recordar que desde el año 1983 Argentina ha firmado con el Fondo Monetario Internacional numerosos acuerdos de tipo “*stand by*”, así como de Unidad de Extensión de Fondos, a lo que deben sumarse diversas renegociaciones. Del tipo mencionado en primer término fueron celebrados en enero de 1983, diciembre de 1984, julio de 1987, noviembre de 1989, julio de 1991, abril de 1996 y marzo de 2000; del tipo de los segundos (de Unidad de Extensión de Fondos) en marzo de 1992 y febrero de 1998.

³³ Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China, con firma y entrada en vigor el 9/4/01.

³⁴ Por ejemplo, el Acuerdo por canje de notas entre Argentina y Alemania sobre el proyecto “Gestión municipal de residuos en Rosario”, con firma y entrada en vigor el 28/11/2000, celebrado en el marco del Convenio de Cooperación Técnica entre ambos países de 1976, aprobado por ley 21.796.

³⁵ Conf. Acuerdo por canje de notas, realizado el 21 de abril de 1992, entre la República Argentina y la Santa Sede, mediante el cual se reconoció la jerarquización del Vicariato Castrense al rango y la dignidad de Diócesis. Dicho acuerdo fue celebrado en el marco del Convenio suscripto en 28 de junio de 1957, aprobado por el decreto-ley 7.623 mediante el cual se erigió el Vicariato Castrense; y del Acuerdo de 1966, aprobado por la ley 17.032.

negociación y de revisión periódica –que no tendrían sentido si los compromisos asumidos fueran sólo éticos- y de cláusulas de salvaguarda y de denuncia, lo cual desvirtúa la tesis de la compatibilidad entre el marco vinculante del Tratado y la modificación unilateral de los beneficios negociados (arts. 7 y 9 de la Sección III del Capítulo II). El artículo 63 (disposiciones finales) del Tratado de Montevideo de 1980 permite descartar sin mayores argumentos la inteligencia que el recurrente otorga a la ‘flexibilidad’ como principio rector del sistema. En efecto la citada norma regula el mecanismo para ‘desligarse’ del Tratado, para formalizar la denuncia y para suprimir la vigencia de los derechos y obligaciones emergentes de un acuerdo de alcance parcial respecto de un país miembro renunciante”

lo afirmado por esta Corte en la causa citada en el considerando precedente ‘Fibraca Constructora S.C.A. c./Comisión Técnica Mixta de Salto Grande’ -y que modifica la doctrina de Fallos: 257:99 y 271:7- en el sentido de que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino –una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales- asegurar primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna , bastaría para rechazar el agravio del Estado Nacional.”

En voto del Ministro Boggiano es más directo en la vigencia de los acuerdos ejecutivos:

el 30 de abril de 1983 Argentina y Brasil celebraron el Acuerdo de Alcance Parcial de Renegociación de las Concesiones recaídas en el período 1962/1980 (Acuerdo de Alcance Parcial N° 1), en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), creada por el Tratado de Montevideo de 1980, aprobado por ley 22.354 y ratificado por nuestro país.

Es un tratado internacional en los términos del art. 2º, inc. 1, apart. a, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ya que fue celebrado por escrito entre estados y se haya regido por el derecho internacional. Aunque el consentimiento del Estado argentino se haya manifestado en forma simplificada, sin intervención previa del Congreso, ésta tuvo lugar con anterioridad mediante la aprobación legislativa del Tratado de Montevideo de 1980 (confr. Ley 22.354) que permite en su artículo 7º la concertación de este tipo de convenios”

“Miguel A. Dotti, y otro”, s/ contrabando (incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia) Fallos 321:1226 (1998).

excepción de incompetencia –rechazada en las instancias anteriores por el Juzgado Federal de Primera Instancia de Concepción del Uruguay y la Cámara respectiva de Paraná- planteada por dos imputados -señores Dotti y Aires- del delito de tentativa de contrabando, hecho que había sido conocido por los funcionarios de la aduana argentina en el Centro de Control Integrado sito en el extremo del Puente Internacional “General San Martín”, en territorio uruguayo.

Dicha zona había sido creada por el Acuerdo de Recife³⁶, el cual, para la defensa, no gozaba de la naturaleza de tratado internacional “dado que no ha sido aprobado por el Congreso de la Nación”, ni el Consejo de Ministros conformaba un ente supraestatal en los términos del art. 75, inc. 24 de la CN, y tampoco existían normas que establezcan la incorporación automática de sus decisiones al Tratado de Asunción.

El "Acuerdo de Recife" derivado del Tratado de Montevideo de 1980 como un acuerdo de alcance particular responde a las normas generales a las que deben atenerse los llamados "acuerdos de promoción del comercio" que se refieren a materias no arancelarias y tienden a promover las corrientes de comercio intra regionales que autorizan el dictado de normas específicas para su cumplimiento (art. 13).

El Acuerdo de Recife es estrictamente un tratado internacional en los términos del art. 2, inc. 1, ap. a), de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el cual el consentimiento del Estado argentino se manifestó en forma simplificada, es decir, sin la intervención del Congreso en el acto complejo federal que culmina con la aprobación y ratificación de un tratado (art. 75, inc. 22 y art. 99, inc. 11 de la Constitución Nacional) en virtud de que aquel procedimiento constitucional tuvo lugar previamente con la aprobación del Tratado de Montevideo de 1980 por la ley 22.354.

La vinculación jurídica internacional en virtud de los acuerdos de alcance parcial como el Acuerdo de Recife es evidente a la luz del Tratado de Montevideo 1980 que establece que dichos instrumentos incluirán procedimientos de negociación para su revisión periódica a solicitud de cualquier país miembro que se considere perjudicado. Si bien la norma especial que surge del art. 3.2 del Acuerdo de Recife desplaza las del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, ambas normas internacionales son plenamente conciliables ya que, definida la jurisdicción argentina especial del modo en que lo hizo el Acuerdo de Recife, rige plenamente el principio territorial, en sentido jurisdiccional, consagrado en el art. 1 del Tratado de Montevideo de 1889.

El caso Mercedes Benz Argentina SA c./ANA, Fallos 322:3193 (1999)

La Corte Suprema se pronunció sobre la interpretación que debía realizar sobre las exigencias formales que debían reunir los certificados de origen para determinadas mercaderías –en el caso de la industria automotriz- importadas al país desde el Brasil a fin de gozar del beneficio del arancel preferencial previsto en el Acuerdo de

³⁶ Acuerdo celebrado el 18/5/94, entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, relativo a la regulación de los controles integrados en las fronteras. En el art. 3.2 se establecía que la jurisdicción y la competencia de los órganos y funcionarios del país limítrofe se consideraban extendidas hasta el Área de Control Integrado llevando, en el caso, la aplicación de la ley penal argentina más allá de su territorio.

Complementación Económica N° 14 (ACE N°14), suscripto entre Argentina y Brasil el 26/12/90.

-“Que ese acuerdo fue redactado en el marco de las previsiones contenidas en el Tratado de Montevideo del 12 de agosto de 1980 (capítulo segundo, sección tercera) por el que se creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), aprobado por la República Argentina mediante ley 22.354, y ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional el 10 de febrero de 1981” (cons. 4, párr. 1°);

-“El mencionado acuerdo es un Tratado, en los términos del art. 2, inc. 1, apartado a, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el cual el consentimiento de nuestro país de vincularse a sus términos se ha formulado en forma simplificada habida cuenta de que la intervención del Congreso Nacional tuvo lugar al momento de aprobarse el citado Tratado de Montevideo” (cons. 4, párr. 2°)

-“Por lo tanto integra el ordenamiento jurídico de la Nación con rango supralegal (arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la Constitución Nacional)”(cons. 4, párr. 3) .

Los tratados en el federalismo.

Hemos mencionado que el federalismo puede crear condiciones de eficiencia al establecer criterios de especialización y competencia en la organización territorial. Se plantea la cuestión sobre la participación de los estados federales en las decisiones internacionales. Si la decisión internacional exclusivamente en manos del gobierno federal puede anular la división de competencias del federalismo. Al mismo tiempo una actividad internacional por las provincias muy desarrollada puede crear costos de transacción excesivos para quienes quieran conocer la normativa imperante con un Estado nacional con el que quieran realizar actividades económicas.

Caso American Insurance Association Et Al. vs. Garamendi, Insurance Commissioner, State of California. 23 de junio del 2003.

El fallo American Insurance Association vs. Garamendi es una nueva y clara descripción del holding en materia de las competencias internacionales de los Estados parte de una federación. Es también una confirmación de la jurisprudencia tradicional de la Corte de los Estados Unidos sobre el tema del federalismo y las relaciones internacionales.

El gobierno nazi en Alemania confiscó las primas y pagos de muchas pólizas de seguros antes y durante la Segunda Guerra Mundial. Aún después de la guerra las pólizas que habían escapado de la confiscación no eran pagadas, debido a que las aseguradoras negaban sus existencias, o indicaban que habían caído por primas impagas, o porque el gobierno alemán no podía proveer a los herederos de la

documentación de la muerte del asegurado. Se puede disputar la responsabilidad entre el gobierno o las empresas aseguradoras, pero el hecho es que los pagos de muchas pólizas de seguridad contratadas por judíos antes y durante la guerra fueron hechos al Tercer Reich o no fueron hechos en absoluto. Estas confiscaciones y reclamos frustrados cayeron dentro del tema de las reparaciones que fueron un objetivo principal de la diplomacia aliada luego de la guerra. Finalmente, los aliados occidentales establecieron la obligación de proveer restitución a las víctimas de la persecución nazi al nuevo gobierno alemán occidental que promulgó leyes de restitución y firmó acuerdos con otros estados para la compensación de sus nacionales. A pesar del pago de más de cien billones de marcos alemanes hasta el 2000 estas medidas dejaron fuera a muchos reclamantes y a cierto tipo de reclamos. Luego de la reunificación alemana acciones de clase para la restitución llegaron copiosamente a los tribunales de los Estados Unidos contra compañías que hacían negocios con Alemania durante al era Nazi. Las protestas de las empresas demandadas y de sus gobiernos llevaron al gobierno de los Estados Unidos a actuar para resolver el tema. Las negociaciones en el nivel nacional llevaron al Acuerdo de la Fundación Alemana en la que Alemania acordaba establecer una Fundación con un capital de diez billones de marcos alemanes, fondo al que contribuyeron en partes iguales el gobierno alemán y empresas alemanas para compensar a víctimas de las compañías durante la era nazi. El Presidente acordó que cuando una empresa alemana fuera demandada sobre una reclamación de la era del holocausto en una corte americana, al gobierno debería (1) presentar una declaración que sería en el interés de la política exterior de este país que la fundación fuera el exclusivo foro y el remedio para esos reclamos, y (2) trataría de lograr que los estados y gobierno locales respetaran a la fundación como el mecanismo exclusivo.

Al mismo tiempo California comenzó su propia investigación sobre el tema aprobando legislación estadual designada a obligar al pago a los aseguradores incumplidores. Entre otras leyes la Ley de asistencia de seguros a víctimas del Holocausto de California (VIRA) requiere que cualquier asegurador que haga negocios en ese estado deba dar información sobre las pólizas vendidas en Europa entre los años 1920 y 1945 por esa compañía o alguna relacionada con ella bajo pena de perdida de licencia en el estado... el gobierno federal informó a California que la ley.. podía descarrilar el Acuerdo de la Fundación alemana. Sin embargo, el comisario de seguros del estado anuncio que aplicaría la ley estadual en su totalidad. Las entidades de seguros peticionarias iniciaron entonces, este juicio atacando la constitucionalidad de la ley. La Corte de distrito ordena la no aplicación de la ley estadual y luego concedió a los demandantes un juicio sumario. La Cámara del Noveno Circuito revoco la sentencia, sosteniendo, entre otras cosas que la ley estadual no violaba capacidad del gobierno federal de concluir tratados. (the federal foreign affairs power).

La Corte sostuvo que la ley de California interfiere con la capacidad del Presidente para conducir las relaciones exteriores de la Nación.

(a) *No existe duda que en alguna medida el ejercicio del poder del estado que toca las relaciones exteriores debe renunciar frente a la política del Gobierno Nacional o que existe generalmente una autoridad ejecutiva que decide cual debe ser esa política. En las decisiones internacionales, el Presidente y no el Congreso tiene la “función de liderazgo” (lead role). First Nat. City Bank v. Banco Nacional de Cuba, 406 U. S. 759, 767. Específicamente, el Presidente tiene la autoridad de concluir “acuerdos ejecutivos” con otras naciones, que no requieren de ratificación del Senado o aprobación del Congreso. Véase, por Ej. Dames & Moore v. Regan, 453 U. S. 654, 679, 682-683. Concluir estos acuerdos para resolver los reclamos de nacionales americanos contra gobiernos extranjeros es una practica particularmente larga. A pesar que los acuerdos ejecutivos con Alemania, Austria y Francia en análisis difieren de los acuerdos pasados en que se refieren a reclamos asociados con Estados que fueron beligerantes, pero no contra los gobiernos extranjeros, sino contra empresas, pero la distinción no tiene importancia. Insistir en una clara línea entre los actos públicos o privados al definir la extensión legítima de las negociaciones internacionales del Ejecutivo, perjudicaría al Presidente en resolver controversias internacionales. Generalmente, por lo tanto, los acuerdos ejecutivos validos limitan la ley estadual, y si el acuerdo ha expresamente limitado la aplicación de una ley local, la cuestión es sencilla y directa. Pero ya que estos acuerdos no incluyen ninguna cláusula limitativa, el reclamo de los recurrentes se basa en la alegada interferencia con la política exterior del Presidente que es representada por el acuerdo. El principal apoyo para este reclamo es Zschernig v. Miller, 389 U. S. 429. Al invalidar una ley de Oregon la mayoría de Zschernig se baso en decisiones de casos anteriores que están abiertos a la interpretación que la acción estadual que tenga más que un efecto incidental en las relaciones exteriores debe ser limitada, (preemption) aun cuando no exista una actividad federal afirmativa en el área de la ley estadual, y por lo tanto sin la existencia de un conflicto. El juez Harlan, en su voto, estuvo en desacuerdo en este punto, argumentando que implicaba la limitación en el campo integro de las relaciones exteriores, y estaba en conflicto con otros casos que sugerían que, en ausencia de una acción federal positiva, los estados podían legislar en temas de su competencia tradicional aun cuando sus leyes pudieran tener un efecto incidental en las relaciones exteriores. Si el respeto de la competencia del ejecutivo en las relaciones exteriores requiere una elección categórica entre las teorías contrastantes de la limitación del arrea y del conflicto evidentes en Zschernig, ello no requiere una respuesta aquí,*

porque aun en la visión del Juez Harlan, compartida por la mayoría, la posibilidad que la legislación de un estado produzca algo más que un efecto incidental en conflicto con la política exterior expresa del gobierno requeriría de la limitación de la ley local. (preemption). Véase también *United States v. Pink*, 315 U. S. 203, 230-231.

- (b) Existe un conflicto suficientemente claro entre la ley de California y la política exterior del Presidente, tal como fue expresada en los acuerdos ejecutivos con Alemania, Austria y Francia y en declaraciones por altos funcionarios de la rama Ejecutiva, como para requerir la limitación (preemption) aun sin considerar los intereses del estado. El relato de las negociaciones para concluir esos acuerdos indica que la consistente política exterior presidencial fue de incentivar a los gobiernos europeos y a sus empresas a que ofrecieran fondos para un acuerdo e información sobre sus políticas, como alternativa preferible al litigio o a sanciones retorsivas. California ha tomado un camino diferente: la ley local establece una compulsión económica para que se haga publica la información, información sobre más decisiones políticas que lo que el Acuerdo requiere, emplea un “sistema estatal diferente de presión económica” y al hacerlo limita la discreción diplomática del Presidente y la elección que ha hecho al ejercitarla. *Crosby v. National Foreign Trade Council*, 530 U. S. 363, 376.

Mientras que la autoridad del Presidente para proveer al arreglo de reclamos que resuelvan hostilidades internacionales requiere de flexibilidad en el uso del “poder coercitivo de la economía nacional” como una herramienta de la diplomacia, *id.* p. 377, la ley de California lo niega, al excluir a una gran parte del mercado asegurador Americano de la sanción automática por no cumplimiento con las políticas de apertura de información del estado. La ley de California compromete por lo tanto la capacidad del Presidente de hablar en nombre de la Nación con una voz al tratar con los otros gobiernos para resolver los reclamos surgidos de la Segunda Guerra Mundial. A pesar que el requerimiento de apertura de la información para obtener compensación para las víctimas del Holocausto de la ley de California, es también sostenido por el Gobierno Nacional, **el hecho de un fin común neutraliza los medios conflictivos.** La política federal expresada y el caro conflicto planteado por la ley local son por si mismos suficientes para requerir que la ley local ceda.

- (c) Si alguna duda subsistiera sobre la claridad del conflicto, debiera ser resuelta a favor del Gobierno Nacional, dada la debilidad del interés del estado cuando se evalúan en los términos tradicionales de la competencia legislativa del estado, la regulación de la apertura de información sobre las pólizas de seguro durante la era del Holocausto Europeo. . Aún cuando la preocupación subyacente por sus varios miles de sobrevivientes del Holocausto debe reconocerse como poderosa, los mismos objetivos dignifican el interés del Gobierno Nacional al diseñar el

mecanismo elegido para los acuerdos voluntarios, ya que existen aproximadamente 100.000 sobrevivientes en el país, de los cuales solo una fracción viven en California. Frente a la responsabilidad federal, el humanitarismo subyacente a la ley estadual no puede darle al estado el beneficio de la duda al resolver el conflicto con la política nacional.

- (d)** *California intenta utilizar un puño de hierro cuando el Presidente ha elegido consistentemente guantes suaves. La eficacia de una visión frente a la otra está fuera del tema, ya que la exclusión no se basa en la sabiduría de la política del Gobierno Nacional sino en la evidencia de conflicto. Aquí, la evidencia es más que suficiente para demostrar ley local es un obstáculo a los objetivos diplomáticos del Presidente.*