

perder, al mismo tiempo, un perfil político que lo convierta en alternativa de gobierno. Una política exterior eficaz necesita equilibrar estos dos intereses, el del partido de gobierno, que busca dirigir el Estado, y el del partido de la oposición, que busca mantenerse como alternativa política. Lograr este difícil equilibrio es la tarea de los estadistas.

Una palabra final con referencia al servicio exterior. Por mi pertenencia, no puedo extenderme sobre las condiciones intelectuales, integridad y lealtad del cuerpo profesional de diplomáticos. Permitaseme, sin embargo, mencionar la paradoja que persigue a estos empleados públicos. El funcionario del servicio exterior es entrenado e impulsado a creer que sirve al interés nacional, el interés del país como un todo, en el ámbito de las relaciones exteriores. Entrenado en esta creencia la asume con energía y patriotismo —algún cinico diría con ingenuidad—. No obstante, se encuentra trabajando para quienes ésta no constituye la preocupación principal; para ellos el interés primordial es la política interna, y terminan por utilizar la política exterior para promoción de partidos u hombres. De esta manera, y a pesar de sus convicciones profundas, los intereses que los diplomáticos de carrera se ven obligados a defender en su actividad están generalmente en conflicto con los requerimientos de una diplomacia nacional sensata.

Luján de Abaiz
Lozano, Buenos Aires,
Día de Reyes de 1997

Introducción

Este trabajo pretende explorar las normas con raigambre constitucional referidas al manejo de las relaciones exteriores.¹ El tema no es nuevo. Alberdi bosquejó un libro sobre el tema de la política exterior y la Constitución de 1853 que aparece publicado en sus escritos póstumos, *La política exterior de la República Argentina según su Constitución de 1853. Aplicable a las Repúblicas de Sudamérica*. Iniciado en 1854 lo continuó más tarde y tiene párrafos escritos hacia fines de 1874. Nunca fue concluido.

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

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

Señalaba entonces que, contrariamente a lo dicho habitualmente, que un país recién constituido y alejado de los centros de poder no debía dedicarse a la política exterior, un país en esas condiciones no podía prescindir de ella. Indica además que la Constitución ya esboza una política internacional. Hoy podemos

¹ El título de esta obra, aunque pudiera parecer equivoco, fue tomado del tratado clásico de Podestá. Cf. Podestá Costa-Ruda, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Tea. 1984, tomo I, p. 630.

² Cf. Alberdi, J. B., *Política exterior Argentina según la Constitución de 1853*, en *Escritos Póstumos de*. Imprenta Europea. 1986, T. III, p. 10.

decir que la Constitución establece ciertos principios aplicables a la política exterior como la defensa de los derechos humanos y de las instituciones democráticas y también indica un procedimiento para la toma de las decisiones internacionales con control parlamentario y judicial.

"He aquí el objeto, la materia de la política exterior americana. "Consiste en las reglas, en la legislación, en los actos dirigidos a desarrollar y agrandar más y más la afluencia de capitales, de las poblaciones, del comercio y de la marina de la Europa, hacia los países nacientes y despoblados de la América del Sur."³

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

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

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

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

³ Cf. Alberdi, J. B., *Política exterior...*, op. cit., p. 12.

cularmente en este tema de las relaciones exteriores los principios generales de derecho interno como una fuente de derecho internacional. Dicho esto, para interpretar las bases constitucionales del manejo de las relaciones exteriores, se requiere un cotejo del derecho constitucional comparado, particularmente de los sistemas presidenciales.

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

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

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

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

⁴ Biscaretti di Ruffia, P., *Introducción al derecho constitucional comparado*, Fondo de Cultura Económica, México 1975, p. 14.

⁵ Se remite para este tema al Capítulo VI.

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

El manejo de las relaciones exteriores está en la esencia de la naturaleza estatal, pues es la consecuencia de su independencia política y su soberanía. Estas normas rigen dentro de un marco en el que existen otras naciones y que reconoce la existencia del derecho internacional. La Constitución incorpora a los tratados dentro de la ley suprema de la Nación, concepto que también incluye a la costumbre internacional, y considera que *tienen jerarquía superior a las leyes*.⁶ Menciona también la existencia del derecho de gentes, en el antiguo artículo 102.⁷ Frente a ellos sólo se oponen los principios de derecho público de la Constitución como prevalecientes a la conclusión de un tratado internacional.

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

⁷ Actual artículo 118.

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

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

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

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

El concepto de soberanía es esencial a la existencia del derecho internacional. Aun cuando en el ambiente internacional existan actores diferentes al Estado, éste es el principal regulador del comportamiento internacional, quien concluye tratados y quien crea la costumbre. La soberanía del Estado no es otra cosa que la constatación de la ausencia de un súper Estado. Hasta su

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

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

¹⁰ "La soberanía, según Bodin, es absoluta, perpetua, indivisible y carece de limitaciones que no sean las impuestas por la naturaleza y por las leyes de Dios". Cf. Vedia y Mitre, M., *Historia general de las ideas políticas*. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1946, T. VII, p. 23.

hipotética creación, el Estado no reconoce autoridad que sea superior a él. De esta manera, el concepto de soberanía es una noción formal, un atributo del Estado. Este poder soberano significa en realidad un Estado sometido al derecho. Por lo tanto, si bien un Estado es libre en la conducción de sus relaciones exteriores y la política exterior es un conjunto de decisiones políticas guiadas por consideraciones de oportunidad, no es menos cierto que éstas se desarrollan en un orden internacional al cual deben conformarse.

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

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

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

I. La distribución de competencias en materia de relaciones exteriores

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

Fue en 1626 cuando el cardenal duque de Richelieu instituyó un secretario de Estado para asuntos exteriores separándolo de la

función del primer ministro. Coincide con el establecimiento de un ejército real en oposición del ejército feudal habitual hasta el siglo xvi. Atrás quedan regímenes privados como el de las capitulaciones y de los adelantados que caracterizaron la reconquista española y el comienzo del dominio imperial en América.

La centralización de las relaciones exteriores en manos del Estado es uno de los elementos del Estado moderno. En nuestra Constitución histórica aparecían mencionadas dos instituciones de la actividad privada en las relaciones exteriores: las patentes de corso y las cartas de represalias. Fueron abolidas por la Convención de París de 1856. Último elemento de una actividad semioficial, los cónsules honorarios desaparecieron de nuestro servicio exterior en 1948.

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

En la Argentina la intromisión de particulares en la actividad diplomática podría estar encuadrada en el Capítulo denominado *Usurpación de autoridad, títulos u honores* del Código Penal.¹¹ El

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

monopolio gubernamental en la conducción de las relaciones exteriores no encuentra excepción siquiera para los funcionarios en el caso que negociaran fuera de sus instrucciones y en contra de los intereses del país.¹²

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

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

Dicho esto, no debe dejar de reconocerse que los particulares se asocian en grados diversos a las relaciones interestatales, particularmente en el comercio exterior y en la política de inversiones. La presencia habitual de los administradores de grandes empresas en los viajes al exterior de los jefes de Estado demuestra que *"la separación del interés de los individuos y del interés del Estado no corresponde más a la realidad"*.¹³ La realidad indica que el interés nacional, o el interés del Estado, es la suma de los intereses particulares. En gran cantidad de casos, las empresas han puesto sus actividades bajo la sombra protectora internacional del Estado.

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

¹³ Cf. la opinión del juez André Gros en el caso *"Barcelona Traction Light and power Co."* C. I. J. Recueil, 1970, p. 269.

De esta manera la acción diplomática forma parte de las estrategias industriales y de inversión que cada gran empresa tiene. Ya sea que se adelante a la actividad empresarial en la apertura de relaciones económicas o apoyándola en la protección de nuevos mercados, o aun en la determinación de entrenamientos políticos como es el caso de cierre de una embajada o el enfriamiento de relaciones, el Estado no está ausente de las actividades internacionales de los particulares. Al mismo tiempo los intereses empresarios pueden determinar la política exterior.¹⁴

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

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

¹⁴ Cf. para este tema Merle, M., *La Politique Étrangère*, P. U. F., 1984.

¹⁵ Cf. Sola, J. V., "Derecho aplicable y jurisdicción de los acuerdos de préstamo entre bancos privados y estado", *El Derecho*, revista del 7-VIII-1985.

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

el principio de derechos enumerados como límite de la competencia federal no se aplica a las relaciones internacionales.¹⁷

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

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

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

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

La explosión de la realidad internacional ha superado las iniciales categorías constitucionales, lo cual hace que algunas interpretaciones demasiado rígidas, particularmente en lo que respecta a la naturaleza de los tratados y a la existencia de nuevos sujetos de derecho que surgen de la realidad internacional, deban ser reinterpretadas.

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

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

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

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

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

A. El Poder Ejecutivo

La dirección de las relaciones exteriores se caracteriza principalmente por la exclusividad de la competencia de los órganos

¹⁸ Cf. Locke, J., *Segundo ensayo concerniente al gobierno civil*, en Great Books, T. 35, pp. 58, 59, University of Chicago, Chicago, 1952. Traducción del autor.

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

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

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

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

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

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

Este poder, que llamó *federativo*, comprendía el derecho de paz

¹⁹ Rousseau, J. J., "Lettres écrites de la Montagne (VII)", en *Œuvres politiques*, La Pleiade, Gallimard, p. 826.

²⁰ Rousseau, op. cit., p. 827.

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

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

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

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

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

Las principales funciones del Presidente de las que obtiene su preeminencia en el tema son la comunicación que mantiene con gobiernos extranjeros y la representación que ejerce de la República en el exterior. Esta función se ve completada con el Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas. Estas funciones lo distinguen del resto del gobierno federal. Es impensable una diplomacia ejercida

²² Marienhoff señala correctamente que "aun en el supuesto de que, haciendo valer sus atribuciones, el Presidente de la Nación separe de su cargo al ministro que se niegue a refrendar su firma, va de suyo que, por imperio de la Constitución, para la regularidad del acto del Ejecutivo, el Presidente deberá indefectiblemente designar otra persona para que actúe como ministro en el caso dado, lo que significa que esa función, en su expresión escrita, requiere la intervención mínima de dos personas: el Presidente y el respectivo ministro". *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 498. En el mismo sentido pueden consultarse, Ferreyra, R., *Derecho administrativo general y argentino*, Buenos Aires, 1986, p. 200. Matienzo, J. N., *Derecho constitucional*, t. II, pp. 117 y 118, La Plata, 1916. Sánchez Viamonte, C., *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1958, p. 296.

directamente por el Congreso. El Presidente está permanentemente en ejercicio de sus funciones, no en sesiones como el Congreso, y puede además actuar en forma rápida y discreta. De esta manera, además de las funciones que se le conceden en forma expresa por la Constitución, tiene un poder residual que ha acrecido considerablemente con el tiempo y que surge de la propia naturaleza del manejo de las relaciones exteriores.

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

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

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

En Francia, a pesar de la transferencia de poder del Presidente hacia un gabinete responsable ante el Parlamento durante la III República, el Presidente conservó el poder de influir directamente sobre la designación del ministro de Asuntos Exteriores. Parti-

cularmente el presidente Poincaré tuvo una acción decisiva durante la Primera Guerra Mundial, tanto en sus inicios como en la designación de Clemenceau como presidente del Consejo de ministros en los momentos de mayor crisis de la guerra.

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

El Presidente como garante

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

Con respecto a la defensa de la integridad territorial, competencia característica del poder presidencial, nuestra Constitución no establece normas sobre ella, salvo la disposición transitoria sobre las Islas Malvinas en 1994.²⁴ Sólo aparece la referencia del artículo 75 inc. 15 dentro de las competencias del Congreso de "arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación..". De esta manera la función del Presidente como garante de la integridad territorial es concurrente con Congreso.

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

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

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

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

En la asunción presidencial de Bernardino Rivadavia en 1825 jura:

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

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

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

Dentro de la competencia del Presidente como garante de los tratados internacionales, está la de asegurar que la legislación interna sea compatible con éstos. Es decir que el Presidente deberá

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

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

²⁷ Cf. Artículo 21 de la Constitución Nacional.

²⁸ Este principio tiene también su antecedente en la Constitución Francesa de 1793: "Todos los franceses son soldados, todos serán ejercitados en la defensa de las armas". Cf. Seco Villalba, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1943, p. 156.

oponer su veto a la legislación que sancione el Congreso y que sea incompatible con los tratados de los que la Nación fuera parte.

La función de representación

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

Elementos de esta tradición monárquica quedan en las constituciones republicanas como fósiles políticos que sobreviven a su arcaico origen. Originalmente fue la Constitución de los Estados Unidos la que adoptó algunas normas que provenían de las costumbres regalistas. De esa tradición aparece la teoría, en gran medida abandonada, del Presidente como órgano único (*sole organ*) en el tema de las relaciones exteriores. Formalmente toda la actividad diplomática pasaba por las manos del jefe de Estado, pero esta centralización se ha transformado en extraordinariamente pesada, ya que, por razones prácticas o simplemente técnicas, los Estados han tenido la necesidad de procedimientos menos rígidos y de menor extensión. Al mismo tiempo las sociedades democráticas requieren un control más eficaz que el que pueda cumplir el Presidente por sobre los funcionarios diplomáticos que cumplen sus instrucciones.

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

La representación del jefe de Estado en las relaciones inter-

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

Las funciones que la Constitución enumera para el Presidente en materia de relaciones exteriores son escasas: declarar la guerra luego de la autorización del Congreso, hacer la paz, concluir y firmar tratados; ratificarlos luego de la aprobación del Congreso; nombrar ministros plenipotenciarios y cónsules, recibir a los diplomáticos extranjeros. Estas funciones son sumamente breves. La negociación y firma de tratados es una tarea importante pero ocasional; el nombramiento de diplomáticos no pareciera diferenciarse de otros cargos de la administración. Aun así estas funciones tienen efectos luego de la aprobación del Congreso en el primer caso y con el acuerdo del Senado en el segundo. La recepción de diplomáticos extranjeros es una función del presidente en su carácter del jefe de estado más que como jefe de la administración; es una tarea más ligada con la representación que ejerce dentro del derecho internacional que con la que corresponde al derecho interno. Pero es como consecuencia de estas normas escuetas que se ha creado la función del Presidente como principal actor de la política exterior.

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

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

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

La participación activa de los jefes de Estado en negociaciones internacionales ha creado la llamada diplomacia de cumbres. El Presidente participa en negociaciones con jefes de estado; este procedimiento está institucionalizado en las reuniones cumbre del Mercosur, que se realizan por lo menos dos veces por año. Al mismo tiempo, la apertura de las sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas reúne a jefes de Estado en Nueva York. La participación exclusiva y activa del Presidente en este tipo de encuentros internacionales se apoya en una lectura muy presidencialista de las normas constitucionales. Luego de la reforma, y con la existencia del jefe del Gabinete de Ministros, podrían existir conflictos entre la participación de uno u otro en estas reuniones cumbres. En la práctica actual da la impresión de que el jefe del Gabinete concentra su actividad en las cuestiones internas dejando a la actividad presidencial la representación exterior del país en forma exclusiva.

Una sana práctica sería que el jefe de Estado fuera acompañado a las conferencias internacional por el jefe del Gabinete de Ministros, ya que sin ello la acción política del gobierno quedaría sin control parlamentario pleno, porque es dicho Gabinete quien responde plenamente ante el Congreso de la acción del gobierno²⁹ (artículos 100 y 101 de la Constitución). El ministro de Relaciones Exteriores

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

sólo puede ser interpelado de una manera restringida, según el artículo 71, pero no puede sufrir un voto de censura.

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

Se suman a estas competencias los poderes militares del Presidente, definido como comandante en jefe.

En el caso de la Constitución de los Estados Unidos aparece en sus orígenes la concepción de que, en materia de relaciones exteriores, la autoridad presidencial es primaria. Alexander Hamilton particularmente expresaba que era competencia del presidente Washington exclusivamente declarar la neutralidad en el caso de las guerras a que dio lugar la Revolución Francesa. Es cierto, sin embargo, que a pesar de que el artículo II de la Constitución norteamericana indica que las competencias presidenciales no están limitadas por la enumeración presidencial, él ejerce en plenitud el Poder Ejecutivo. Esta concepción, que no es reiterada por la Constitución argentina, tiene su origen en Montesquieu, que distingue entre:

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

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

³⁰ Cf. *L'Esprit des Lois*, Livre XI, Cap. VI.

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

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

Se puede asimismo sostener que la competencia genérica en materia de relaciones exteriores corresponde al Congreso y que ante el silencio de éste el Presidente actúa por delegación tácita. De esta manera el Congreso se reservaría la capacidad de actuar cuando no comparte la política del Ejecutivo y simplemente lo dejaría hacer si coincide con ella.

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

Lo que el Presidente puede hacer en materia internacional y lo que le está vedado es parte habitual del debate político. Es un punto en el cual la flexibilidad es mayor que en otros, donde la actitud partidaria es más evidente. En este tema, más que en otros, es necesario describir en su integridad la competencia presidencial,

para tener una definición completa que supere las funciones descritas en la Constitución. Cuando el Presidente asume la representación exterior del Estado, debe hacerlo con una definición nítida y homogénea de sus competencias para tener la credibilidad y flexibilidad necesarias en el manejo de la política exterior. Pero el estudio de la competencia presidencial debe iniciarse por una descripción de sus partes, que deben analizarse separadamente para tener luego una visión del conjunto.

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

La concepción del Presidente como órgano único

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

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

El Juez Sutherland dio la opinión por la Corte:

"Contribuirá a la elucidación de la cuestión si consideramos en principio las diferencias entre los poderes del gobierno federal con

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

respecto a los asuntos extranjeros o exteriores y los referidos a los asuntos domésticos o internos. Pueden existir diferencias entre ellos, y no se puede dudar que éstas son fundamentales.

Los dos tipos de poderes son diferentes, tanto con respecto a su origen como a su naturaleza. El amplio enunciado de que el gobierno federal no puede ejercer poderes excepto cuando estén específicamente enumerados en la Constitución y los poderes implícitos que son correctos y necesarios para poner en funcionamiento los poderes enumerados es categóricamente cierta sólo con respecto a los asuntos internos. En ese campo, el objetivo primordial de la Constitución era establecer una masa general de poderes legislativos en posesión entonces por los estados miembros en la cantidad que fuera necesaria para investirlos en el gobierno federal, dejando los que no estuvieran incluidos en la enumeración en los estados miembros. Que esta doctrina se aplicaba solamente a los poderes que los estados poseían es evidente por sí mismo. Y, como los estados nunca poseyeron poderes internacionales, esos poderes no pudieron ser recortados de la masa de poderes estatales sino que obviamente fueron transmitidos a los Estados Unidos de otra fuente. Durante el período colonial estos poderes fueron poseídos exclusivamente y en su integridad bajo el control de la Corona.

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

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

No solamente ...es el poder federal sobre los asuntos exteriores diferente del de los asuntos internos en origen y en carácter esencial,

sino que la participación en el ejercicio del poder está limitada significativamente. En este vasto reino exterior, con sus importantes, complicados, delicados y múltiples problemas, el Presidente solamente tiene el poder de expresarse o escuchar como un representante de la Nación. El hace los tratados con el asesoramiento y consentimiento del Senado, pero negocia por sí solo. En el campo de la negociación el Senado no puede introducirse, y el Congreso es incapaz para invadirlo. Como lo dijo Marshall en la gran argumentación del 7 de marzo de 1800 en la Cámara de Representantes: 'El Presidente es el único órgano de la Nación en las relaciones exteriores, y su único representante ante las naciones extranjeras...'

Es importante tener en cuenta que estamos tratando no solamente con una autoridad investida en el Presidente por una decisión del Poder Legislativo, sino de esa autoridad juntamente con el muy delicado, plenario y exclusivo poder del Presidente como órgano único del gobierno federal en el campo de las relaciones exteriores, un poder que no requiere como base para su ejercicio una ley del Congreso, pero que, por supuesto, como todo otro poder gubernamental, debe ser ejercido en subordinación a las disposiciones aplicables de la Constitución. Es bastante aparente que si en el desarrollo de nuestras relaciones internacionales se puede evitar una situación embarazosa, a lo mejor una situación seriamente embarazosa, y lograr el éxito la legislación del Congreso que debe hacerse efectiva a través de la negociación e investigación dentro del campo internacional debe muchas veces acordar al Presidente un nivel de discreción y de libertad de las restricciones legales que no serían admisibles en el caso de que se tratara de asuntos domésticos. Más aún, es él y no el Congreso quien tiene la mejor oportunidad de conocer las condiciones que prevalecen en países extranjeros, lo que es especialmente cierto en tiempo de guerra. El tiene sus fuentes de información confidenciales. El tiene sus agentes en la forma de funcionarios diplomáticos y consulares. El secreto con respecto a la información recogida por ellos puede ser altamente necesario y una difusión prematura puede producir resultados dañinos."

Este fallo ha recibido críticas en cuanto a que hace un uso extensivo del concepto de soberanía y de la teoría del Presidente como órgano único en materia de relaciones exteriores.³³ En las

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

palabras del juez Jackson es un precedente, "queda de costado como un arma cargada lista para ser utilizada en un momento de urgente necesidad".³⁴ El mejor criterio es el de asociar este precedente con la opinión del mismo juez Jackson en el caso de la Toma de las Acerías, ya citado: "El Presidente puede actuar en asuntos exteriores sin la autorización del Congreso, pero no puede actuar en contra de una ley del Congreso".³⁵ En cuanto a la teoría del órgano único, es bueno recordar la opinión de Corwin, que señaló que lo expresado por Marshall era simplemente que el Presidente tenía era el instrumento de comunicación único con los demás gobiernos.³⁶

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

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

Estas descripciones algo extremas son naturales en la sociedad de fines del siglo XVIII, pero son impensables en una administración pública tan compleja como la actual. Son sin embargo fuente de la concepción que supone una competencia única y homogénea sobre las relaciones exteriores: el *foreign affairs power*, concebido éste como una competencia genérica que incluye poderes no expresados en la Constitución.

La facultad del Poder Ejecutivo para conducir los negocios exteriores del país ha sido reconocida por la Corte Suprema en el famoso caso *Fisco Nacional c. madame Lynch*.³⁸ Aunque no de la manera tan extrema en que luego lo haría la Corte de Estados

³⁴ Cf. "Korematsu v. United States, 323 U. S. 246 (1944).

³⁵ Cf. "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer", 343 U. S. 636 (1952).

³⁶ Cf. Corwin, E., *The President Office and Powers 1787-1957*. p. 178, hay traducción castellana.

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

³⁸ Fallos de la Corte t. 115 f. 189.

Unidos, en este caso se limitó a señalar que la cuestión era política y no justiciable. Dijo que si

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

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

Continuó la Corte en el caso diciendo:

"esta política firme de la Nación, sustentada persistentemente en las declaraciones y actos internacionales del Poder Ejecutivo que quedan relacionados, durante la larga y accidentada gestión diplomática a que dio lugar el tratado de límites con el Paraguay, debe prevalecer su autoridad histórica y su eficacia jurídica sobre las aisladas afirmaciones hechas *ad libitum* en libros de propaganda comercial y política; y esta autoridad de las declaraciones solemnes del gobierno argentino, formuladas en aquella oportunidad acerca de la indistuida y evidente jurisdicción y dominio nacional sobre el territorio del Chaco, no puede en manera alguna ser desconocida ni puesta en duda por los tribunales de justicia de la Nación y de las atribuciones que la Constitución ha dado al Presidente para la representación diplomática y conclusión de los tratados internacionales".

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

"...es el Poder Ejecutivo el único llamado en realidad a dar a las leyes generales, relativas o que se vinculen con la política internacional de la Nación, el sentido más armónico con ella, dados los precedentes que nadie mejor que él puede conocer, las exigencias del momento

y las futuras conveniencias y probables o seguras proyecciones de esa política en el porvenir:..."

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

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

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

2º el presidente de la República tiene la atribución para cumplir este deber;

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

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

"Por medio de las facultades que (los artículos de la Constitución) confieren se realizan los actos que afectan a la Nación en su calidad

³⁹ Cf. González, J. V., *Actos irrevocables del poder Ejecutivo*, *Obras Completas*, tomo VIII, pp. 93 y 117.

⁴⁰ Cf. González, J. V., *Manual*, op. cit., tomo III, p. 420.

de Estado o persona del derecho internacional y a su soberanía colectiva representada por el gobierno. Los tres poderes intervienen en su ejercicio: el Legislativo, al sancionarlos definitivamente; el Ejecutivo, en su ejercicio inmediato y efectivo; y el Judicial, al aplicar a los casos contenciosos las reglas concertadas entre la Nación Argentina y las extranjeras".⁴¹

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

En los EE.UU. se han nombrado agentes sin acuerdo del Senado y en algunos de estos casos les dieron el rango personal de embajador. Para evitar conflicto de poderes, el Presidente de los Estados Unidos pagó los gastos de estos enviados personales de sus fondos reservados. Algunos de éstos son muy conocidos, como John Jay, el autor del *El Federalista*, que fue enviado por Washington a negociar un tratado con Gran Bretaña, o el de Harry Hopkins, enviado por el presidente Roosevelt para acordar el sistema de Préstamo y arriendo, también con el Reino Unido.⁴² El requerimiento para el acuerdo del Senado sería inaplicable para estos agentes, ya que no han sido designados para un puesto permanente, no han cumplido funciones en forma indefinida y no han tenido, en muchos casos, pagos por el cumplimiento de la función.

Al ser el único órgano de comunicación en la política exterior, el Presidente determina también cuándo, dónde y por quién el país

⁴¹ Cf. *Manual*, op. cit., p. 421.

⁴² Carta del presidente Franklin Roosevelt a Harry Hopkins en la que le pide que viaje "a su más temprana conveniencia a Gran Bretaña para actuar como mi representante personal. Le solicito que entregue una comunicación en el mismo sentido a Su Majestad el Rey Jorge VI. Copia en Sherwood, R., *Roosevelt y Hopkins*, tomo I Del New Deal a Pearl Harbor. Barcelona 1950, p. 231.

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

Todas estas competencias señalan al Presidente como al principal actor en la conducción de nuestra política exterior. Estas competencias incluyen el reconocimiento de Estados y gobiernos extranjeros, aun cuando es política de nuestro país no efectuar en forma expresa el reconocimiento de gobierno. Pero cualquiera de estas funciones y las de reconocimiento del carácter de beligerante o no beligerante de un Estado —particularmente en épocas anteriores a la Carta de las Naciones Unidas— declarar al país neutral o no beligerante, están todas dentro de la competencia presidencial. No corresponden al Congreso y una declaración del Congreso, en cualquiera de estos temas no sería vinculante para el presidente.

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

⁴³ "Es reconocido que las declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y conciernen a situaciones de derecho o de hecho pueden tener por efecto la creación de obligaciones jurídicas. Cuando el Estado autor de la declaración se considera vinculado con ella de acuerdo con sus términos, esta intención confiere a su toma de posición el carácter de un compromiso jurídico, y el Estado interesado está requerido legalmente a seguir una línea de conducta conforme con su declaración. Un compromiso de esta naturaleza, expresado públicamente y con la intención de vincularse aun fuera del marco de negociaciones internacionales tiene un efecto obligatorio". Cf. "caso de Ensayos Nucleares", Corte Internacional de Justicia, fallo del 20 de diciembre de 1974 (Nueva Zelandia c. Francia), pp. 457-472.

Estados para reclamar derechos contra el país en razón de conductas que puedan ser consideradas como ilícitos internacionales.

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

"permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él",

según lo establecido por el art. 75 inc. 28 de la Constitución. La negativa a este tránsito estuvo en los orígenes de la guerra del Paraguay. Debe tenerse también en cuenta que normalmente el Presidente, sin autorización del Congreso, admite el ingreso de contingentes menores de tropas extranjeras, algunas de las cuales pueden permanecer estacionadas por algún tiempo en el país. Este tipo de prácticas es inconstitucional, ya que todo ingreso de tropas extranjeras, aunque fueran contingentes de poca importancia, requieren del consentimiento del Congreso.

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

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

El ministro jefe del Gabinete *"ejerce la administración general del país"*, como establece el artículo 100 en su inciso 1; esta administración se extiende también a los temas de política exterior. Probablemente las competencias constitucionales del jefe del Gabinete de Ministros se apliquen con mayor firmeza cuando las

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

⁴⁵ Artículo 99 inc. 14 de la Constitución.

circunstancias políticas fortalezcan la actividad e independencia del Congreso y permitan una lectura más parlamentaria de la Constitución.

Las doctrinas o principios generales

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

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

La Doctrina Drago es el principal ejemplo de un principio general para la conducción de la política exterior efectuado por la Argentina. El origen de esta doctrina reside en la nota remitida el 29 de diciembre de 1902 por el canciller argentino. Su elemento esencial es la exclusión del recurso a la fuerza para el cobro de las deudas contractuales de los Estados. La nota de Drago repudia todo empleo de la fuerza para obligar a un Estado extranjero a cumplir sus compromisos y particularmente a hacer frente a las cuotas impagas de esta deuda pública. Ella declara de una manera general que el empleo de la fuerza para obligar a un Estado a

⁴⁶ Cf. Sola, J. V., *Las dos caras del Estado. Presidente y primer ministro en una Argentina moderna*. Planeta, Buenos Aires, 1988, p. 189.

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

continuar con el pago de los servicios de la deuda es contrario al derecho de gentes. Debe aclararse, y la justificación fue señalada por el autor, que no se trataba del anuncio de una teoría doctrinaria, sino de un acto político, consecuencia lógica de la Doctrina de Monroe, tendiente a impedir que los Estados europeos ocuparan un territorio americano utilizando como pretexto el cobro de las deudas públicas.⁴⁸

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

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

"El cobro militar de los empréstitos supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo y la ocupación territorial significa la supresión o subordinación de los gobiernos locales en la países a que se extiende. Tal situación aparece contrariando visiblemente los principios muchas veces proclamados por las naciones de América y muy particularmente la Doctrina de Monroe, con tanto celo sostenida y defendida en todo tiempo por los Estados Unidos, doctrina a que la República Argentina ha adherido solemnemente antes de ahora".

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

⁴⁸ Cf. Rousseau, Ch., *Droit International Public*, t. IV, p. 109.

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

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

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

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

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

En Buenos Aires la reacción de los Estados Unidos despertó un entusiasmo similar; en su mensaje anual de 1903, el presidente Roca manifestó su satisfacción por el hecho de que la nota argentina no hubiera caído en el vacío, a pesar de que los Estados Unidos no se habían comprometido respecto de la política a seguir frente a un cobro compulsivo de la deuda pública.⁵³

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

⁵² Cf. Robertson, op. cit., p. 291.

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

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

Extensión de las competencias del Poder Ejecutivo

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

Fuera de las limitaciones constitucionales y legales, la competencia presidencial en esta materia es plenaria. Algunos de los poderes que el Presidente ejerce en el manejo de las relaciones exteriores provienen de su carácter de comandante en jefe de las Fuerzas Armadas. Como normalmente la política de defensa está asociada con un conflicto internacional, la función de comandante supremo está asociada directamente con las competencias presidenciales en materia de política internacional. El Presidente establece las ordenanzas y reglamentos militares, en lo que no es definido por el Congreso, y dispone de las fuerzas en el exterior

⁵⁴ Cf. Robertson, op. cit., p. 293.

cuando las actividades no son bélicas. En esas circunstancias puede llegar a realizar actividades que excedan la función básica de defensa, como es la fijación de límites internacionales. Es el caso durante la guerra del Chaco de la ocupación por el ejército argentino de fortalezas abandonadas por las tropas bolivianas en su retirada.

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

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

Utilización de medios militares

En caso de una declaración de guerra, luego de la autorización del Congreso o una autorización de éste para la salida de tropas del territorio de la Nación, la competencia del Presidente como comandante en jefe se ejerce en forma plena y sin ninguna otra forma de control directo por parte del Congreso. En este tema basta recordar los sucesos recientes en el golfo Pérsico, en donde luego de la autorización del Congreso para permitir la salida de tropas del país el Presidente cumplió plenamente esas funciones. En el caso de los Estados Unidos, donde el debate parlamentario fue

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

amplio y con posiciones notoriamente encontradas pero que, al dar la autorización al Presidente para utilizar la fuerza en el conflicto, le permitió disponer de todos los medios militares sin ulterior informe al Congreso. Quedó para el Congreso la función de control presupuestario por los gastos ocurridos en la operación "Escudo del desierto".

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

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

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

¿Qué ocurriría si como consecuencia de las hostilidades y al repeler la agresión se invadiera el territorio del país atacante? En

este caso sería necesaria una declaración de guerra para continuar las hostilidades en territorio extranjero, aunque, si fuese notoria la agresión exterior e imprescindible tomar medidas dentro del territorio del atacante, esta acción podría llevarse adelante sin la aprobación previa del Congreso. En esta época en que la guerra es muy rápida y casi instantánea no hay duda de que el Presidente debe tener la capacidad de contraatacar utilizando probablemente tropas de despliegue rápido en forma cuasi inmediata. Inclusive hacerlo en algún momento en forma preventiva si es imprescindible para contener un ataque que aparece como inminente.

El segundo tema, más complejo, es saber si el Presidente puede actuar de la misma manera cuando el ataque se produce contra un país aliado. La agresión no sería contra el territorio nacional, pero sería contra el territorio de un Estado con el cual nos une un tratado de alianza y de protección recíproca. Podía ocurrir asimismo que este Estado aliado y al que nos une un tratado que es atacado no estuviera en condiciones de repeler la agresión. En estos casos deberían tomarse medidas inmediatas de defensa, pero sin desplegar tropas argentinas en posición de ataque hasta tener la autorización del Congreso para participar directamente en las hostilidades. La situación es más simple si existe un tratado internacional con ese Estado de garantía en caso de ataque exterior, que previera la respuesta armada en caso de agresión y que hubiera sido aprobado en su momento por el Congreso. De todas maneras la declaración de guerra debería hacerse si el conflicto armado subsiste.

En los Estados Unidos existen precedentes que crean una controversia mayor, ya que tienen una larga historia de participación de las fuerzas armadas en conflictos internacionales por la sola orden presidencial. Ello en circunstancias que no son estrictamente de guerra internacional o de agresión exterior. El caso inicial lo constituye la política del presidente Jefferson cuando envió navíos de la armada para combatir a los piratas berberiscos que asolaban las costas del sur del Mediterráneo y atacaban a buques de ese país. Este es un derecho que en forma inequívoca todos los presidentes han aceptado, y en muchos casos ejercido, de enviar tropas al exterior por su sola autoridad. Por órdenes presidenciales se mandaron buques para abrir el comercio con el Japón en la famosa expedición del comandante Perry, y se despacharon tropas para proteger los intereses americanos en China

en la famosa rebelión Boxer a principios de siglo; en épocas más cercanas se destacaron tropas en Filipinas, se enviaron tropas a Nicaragua en 1920, a la República Dominicana en 1965, y se estableció un bloqueo en 1962 a Cuba.

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

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

Estos poderes deben ejercerse dentro de los límites que establece el derecho internacional, la Carta de las Naciones Unidas y también con una clara definición del interés nacional, porque las fuerzas armadas no son un ejército privado del Presidente. Existen dentro de los fines que la Constitución les da para defender los intereses de la Nación. Si bien los poderes del Presidente son amplios, existe un poder general de control que debe ejercer el Congreso.

En su función ejecutiva el Presidente debe cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación. Dentro de la ley suprema de la Nación (art. 31, C.N.) están también los tratados y la costumbre que es asimismo una fuente de derecho internacional⁵⁶ del mismo nivel que aquéllos. Dentro del cumplimiento del derecho internacional, está en principio la Carta de las Naciones Unidas, al igual que otras normas de las Naciones Unidas como los Pactos de Derechos Humanos. De esta manera cualquier acción que dispusiera el Presidente para, por ejemplo, terminar con la piratería aérea o cumplir con obligaciones dispuestas por el Consejo de Seguridad es una función que el Presidente ejerce en materia exterior en razón de las obligaciones que surgen de los tratados internacionales y de la costumbre internacional.

El hecho de que el Presidente deba cumplir con sus obligaciones impuestas por el derecho internacional no lo transforma en un

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

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

Los efectos de las decisiones ejecutivas de política exterior

Es posible que el Presidente utilice el derecho internacional como forma de ejercer una función legislativa dentro del país. Puede hacerlo cuando concluye un tratado que, si bien debe ser aprobado por el Congreso, éste no puede participar en su negociación; también 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 como 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 la división de poderes.

En el tema de privilegios e inmunidades diplomáticas la decisión presidencial tiene efectos legales; un tribunal cumplirá los

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

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

B. El jefe del Gabinete de Ministros **El acuerdo general de ministros**

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

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

"Llamárase así uno en que el ministerio tuviese caracteres comunes a uno y otro de los anteriores; que, por ejemplo, fuese nombrado exclusivamente por el jefe del Ejecutivo y se hallase sujeto a la censura o desplazamiento por las Cámaras; que fuese agente presidencial y tuviese participación en los debates del Congreso en representación del Presidente; que siendo en primer lugar funcionario subordinado, tuviera atribuciones y privilegios propios del gobierno en su depar-

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