

Obstáculos constitucionales al desarme en los Estados Unidos

Ana Mercedes Botero

***E**l futuro de las negociaciones sobre desarme con la Unión Soviética no parece tan claro. Aparte del acuerdo político que ellas suponen, en el seno del Congreso de los Estados Unidos existe un agudo debate en torno a la interpretación constitucional de tratados internacionales, que podría poner en peligro la vigencia del Tratado de Misiles Antibalísticos concluido en 1972 entre las dos grandes potencias mundiales, así como el desarrollo de las fases ulteriores de la Iniciativa de Defensa Estratégica (IDE).*

* * *

LA TERCERA REUNION CUMBRE REAGAN-GORBACHOV realizada en Moscú en diciembre de 1987 decididamente mereció un aplauso por parte de toda la comunidad internacional. La conclusión del Tratado sobre la eliminación de misiles de corto y mediano alcance, si bien apenas representa una reducción de menos del 10% del stock mundial de cabezas nucleares, demuestra por fortuna que aún existe voluntad para controlar la desenfrenada carrera armamentista. El consentimiento a este instrumento por parte del Senado estadounidense, cuya aprobación constituye un requisito indispensable previsto por la Constitución de ese país, se convirtió en este caso en un proceso difícil que amenazó con revertir uno de los logros más importantes de la Casa Blanca en los últimos años en las relaciones Este-Oeste.

Este ensayo examina los obstáculos que enfrentó, en el Senado estadounidense, el tratado concluido en diciembre pasado sobre armas nucleares de alcance intermedio (INF) y las dificultades que, en relación con éste, antecedieron a la cuarta Cumbre Reagan-Gorbachov celebrada en el mes de mayo de este año.

Las dificultades a que se hace mención están directamente vinculadas a un debate constitucional que en principio pareciera no tener relación alguna con el tratado sobre la eliminación de fuerzas intermedias; pero lo cierto es que ha tenido un efecto sustantivo en derecho constitucional americano, y en particular, en lo que se refiere a la interpretación de tratados internacionales. El planteamiento sobre el cual versa la controversia es el del derecho de la rama ejecutiva del poder público de los Estados Unidos, a desarrollar una nueva interpretación de un acuerdo internacional sin el consentimiento del Senado de ese país. La polémica anterior no solo puso en entredicho el proceso de ratificación del convenio sobre la eliminación de misiles de corto

III TRIMESTRE 1988

y mediano alcance, sino que decididamente, tuvo consecuencias que pueden afectar un acuerdo anterior sobre control de armamentos, el tratado de misiles anti-balístico del año 72 que restringe la prueba y el despliegue de sistemas anti-misiles.

La administración Reagan mantiene hasta este momento que la Casa Blanca tiene derecho a interpretar en forma amplia el tratado de 1972, entendimiento que permitiría el ensayo, desarrollo y despliegue de sistemas anti-misiles en el espacio, al cual se oponen los demócratas en el Senado. Ya en Reykjavik, hace casi dos años, que las conversaciones entre los Estados Unidos y la Unión Soviética sobre la eliminación del 50% de misiles estratégicos, aproximadamente una reducción de 11000 a 6000 cabezas nucleares, se vieron entorpecidas por la insistencia del Presidente Reagan respecto de su iniciativa de defensa estratégica a la que radicalmente se opone el gobierno de Moscú.

Comenzamos con un análisis constitucional sobre las competencias del Congreso y del Presidente en lo que se refiere a la conducción de asuntos internacionales, y en particular en el proceso de elaboración de tratados, incluidos su conclusión, ejecución e interpretación. A continuación se explica el contenido del tratado de misiles anti-balístico concluido en 1972 y el significado de la Iniciativa de Defensa Estratégica, cuyo alcance parece ser incompatible con dicho tratado. En una tercera instancia se explica la controversia constitucional que se originó en el Senado estadounidense con ocasión de la aprobación requerida por este órgano para la ratificación del tratado sobre la eliminación de misiles de corto y mediano alcance. Los legisladores demócratas decidieron utilizar como mecanismo de presión el requisito del consentimiento senatorial para presionar a la administración Reagan a que aceptase la interpretación tradicional del tratado de 1972 la cual prohíbe el desarrollo de una iniciativa como la propuesta por el Presidente. En este contexto se exponen las versiones restrictiva y permisiva del tratado del 72 conocidas como las interpretaciones tradicional y amplia respectivamente y se hace énfasis en la responsabilidad constitucional que el Senado tiene en materia de tratados internacionales. Para concluir, se plantean las alternativas que la Administración Reagan tiene en el marco del derecho internacional público, si desea proseguir con su iniciativa de defensa estratégica y cuestiona desde un punto de vista pragmático la funcionalidad de dicho programa.

Dirección y manejo de la política exterior

“ES EL SOSTEN Y EL REDENTOR DE LOS NORTEAMERICANOS, la religión civil de una sociedad que no tiene iglesia estatal. Es un símbolo unificador tan poderoso en su multiforme cultura como la reina en una monarquía. Es historia: raíces para un país con poco sentido del pasado. Para un pueblo inquieto es la fuente principal de estabilidad y certidumbre”¹.

1/ Tomado del editorial del New York Times. Separata especial con ocasión del segundo centenario de la Constitución de los Estados Unidos. Septiembre 1987.

Nació en controversia y la controversia continúa. La Constitución está llena de ambigüedades que han provocado y seguirán generando conflictos entre las distintas ramas del poder federal. Todo esto es comprensible cuando se estudia la historia del constitucionalismo americano; los autores de la Constitución no tenían claridad absoluta en cuanto a los objetivos mismos de esa Carta Fundamental que redactaban, ni podían anticipar respuestas específicas a los futuros interrogantes que las circunstancias reales iban a plantear. A través de estos dos siglos, el significado y el alcance de muchas de sus cláusulas han sido objeto de cambios, de conflicto y de interpretaciones diversas según el momento político de la realidad estadounidense. Definitivamente su texto no se explica por sí mismo. Es por ello que la facultad de interpretar y de aplicar la Constitución es fundamental. Marshall en 1819 escribía: “es una Constitución concebida para perdurar en edades venideras y en consecuencia para ser adaptada a diferentes crisis de asuntos humanos”.

Una de las grandes ambigüedades de que adolece la Constitución es aquella de la distribución de competencias entre las ramas del poder público relativa al manejo y dirección de los asuntos internacionales. ¿Separación? ¿Competencia? ¿Colaboración?

La Constitución americana no establece explícitamente en ninguna de sus disposiciones la existencia de una facultad que se refiera a la conducción de asuntos internacionales, no obstante lo cual la Corte Suprema de Justicia de ese país ha reiterado en su jurisprudencia la legitimidad de este principio, y la autoridad que a este respecto ejerce el gobierno federal sin que por ello sea fácil delimitar la jurisdicción que en uno u otro sentido puedan ejercer el Congreso o la rama ejecutiva. La verdad es que el contorno de dicho poder nacional es incierto y ambiguo, no sólo por esa falta de claridad del texto constitucional sino porque en la práctica su manifestación ha sido muy variada dependiendo del contexto histórico y político que sea objeto de análisis. Uno de los casos más importantes en la jurisprudencia de los Estados Unidos es el conocido *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, considerado como fuente primaria de la autoridad nacional sobre asuntos internacionales, y en particular, por hacer referencia explícita a la responsabilidad especial del Presidente de la República en este campo, atribuciones que en principio parecieran ir más allá de las facultades previstas por la Constitución para el jefe de la rama ejecutiva. En efecto, el artículo 2 de la Constitución establece que el Presidente de los Estados Unidos es el jefe de las fuerzas armadas, quien tiene la facultad de concluir tratados internacionales² y es quien nombra los embajadores en el exterior. Sin embargo, la Corte ha ido más lejos. El presidente es el llamado a ejecutar la política exterior de los Estados Unidos y es el vocero único del gobierno federal en lo que se refiere a asuntos internacionales. Es precisamente US y

2/ El tiene la facultad para hacer tratados con la recomendación y el consentimiento del senado, siempre que 2/3 partes de los senadores presentes concurren en ello... él nombra los embajadores en el exterior... cónsules... y otros funcionarios.

Curtiss Wright Export Corp.³ el caso en el que la Corte desarrolla el papel especial y exclusivo del Presidente de los Estados Unidos en este sentido y según el cual una Resolución conjunta del Congreso expedida en 1934 autorizaba al Presidente Roosevelt a prohibir la venta de armas y de municiones a los países involucrados en el conflicto armado del Chaco. El Presidente, en efecto, proclamó el embargo y a la compañía de Curtiss Wright se la acusó de conspirar con la venta de armas a Bolivia que desafió así mismo la legitimidad de la Resolución con base en que la delegación del Congreso al ejecutivo era impropia e inconstitucional en esta materia. La Corte Suprema de Justicia rechazó los argumentos de la compañía y mantuvo la Resolución y por consiguiente, el embargo presidencial se mantuvo.

A pesar de que el caso anterior tiene que ver principalmente con “delegación de poderes” y con los límites autorizados por ello por la Constitución norteamericana que, en todo caso, son más amplios en el plano internacional que en el doméstico, la doctrina de la Corte fue clara y enfática en cuanto al rol del Presidente. El Juez Sutherland en una de sus exposiciones magistrales explicó así la opinión de la Corte: “El objetivo de la Resolución es el de ejercer alguna influencia en una situación foránea, es decir que cae en la órbita de asuntos internacionales”. La Corte primero consideró las diferencias entre los poderes nacionales relativos a los asuntos externos e internos respecto de su origen y su naturaleza, y después de afirmar que los poderes nacionales en el campo internacional no dependen de concesiones explícitas por parte de la Constitución, entró a considerar el papel especial del Presidente:

*“En asuntos internacionales... el Presidente es el único que tiene la autoridad para hablar o escuchar como representante de la Nación. El concluye tratados con consentimiento del Senado pero él solo los negocia... cabe anotar de que de lo que se trata aquí, no es solamente de la autoridad en cabeza del Presidente por un acto del Congreso, sino de esa autoridad junto con el poder muy delicado, pleno y exclusivo del Presidente como único órgano del gobierno federal en el campo de las relaciones internacionales —un poder que no requiere como base para su ejercicio de un acto del Congreso— ... Es evidente que si en el manejo de nuestras relaciones internacionales se desean evitar aprietos, disminuir las dificultades y conseguir los propósitos buscados, la legislación del Congreso, a expedirse y negociarse, deberá conceder al Presidente un grado de discreción suficiente libre de restricciones estatutarias que no son permitidas dentro del campo doméstico. Más aún, él y no el Congreso, está más calificado para conocer las condiciones que prevalecen en el exterior, especialmente en tiempo de guerra. El tiene sus fuentes de información confidenciales y cuenta con agentes en la forma de funcionarios diplomáticos consulares y otros”.*⁴

Curtiss Wright contribuyó a aclarar las facultades del Presidente en este campo, cuestión que era necesaria por no estar prevista explícitamente

³/El Juez Sutherland en este caso dio forma a una de las teorías constitucionales más importantes de la historia de los EE.UU.: La facultad de los Estados Unidos para el manejo y dirección de los asuntos internacionales es una prerrogativa que no se deriva de la Constitución. Es una facultad extra-constitucional, cuyo origen reside en la soberanía misma de la Nación que otorga poderes suplementarios distintos a aquellos establecidos en la Constitución. La idea que Sutherland exponía era que los “poderes de soberanía interna” residían en los estados individuales, pero los de “soberanía externa” residían en la Unión de estados actuando conjuntamente, es decir, las facultades de “soberanía externa” ya existían en cabeza de la Unión antes de que la Constitución fuese adoptada.
⁴/U.S. y Curtiss Wright Export Corp. 299 U.S. 304, 57 S. Ct 216 81 L.Ed. 255 (1936).

en el texto constitucional. Esto, sin embargo, no implica de antemano que aquellas establecidas en forma precisa no adolezcan igualmente de vaguedad y sean objeto de conflicto, prestándose a disquisiciones permanentes en cuanto a su alcance y contenido. Uno de los ejemplos más claros en este sentido es el de la facultad del Presidente de los Estados Unidos para concluir tratados internacionales, competencia que es mucho más compleja de lo que se cree.

Una facultad compartida

LA FACULTAD DEL PRESIDENTE PARA CONCLUIR TRATADOS internacionales es una facultad que si bien está enumerada dentro de las atribuciones que el artículo 2 confiere a la rama ejecutiva, es una autoridad que en realidad es compartida con el Senado de ese país, cuyo consentimiento es requisito sine qua non para que el Presidente de la República pueda entrar a ratificar un tratado. George Hamilton escribía que la facultad de concluir tratados debiera considerarse como una cuarta rama del poder, por las características tan propias de la relación Senado-Presidente en este campo.

El requisito del consentimiento senatorial es uno de los llamados chequeos que la Constitución ha establecido con el fin de controlar el poder presidencial, que en tantas ocasiones ha sido objeto de abusos y de extralimitaciones por parte de los mandatarios de la Casa Blanca; si bien en principio pareciera un mero formalismo, la verdad es que la participación del Senado ha planteado controversias que hasta el día de hoy suscitan debates nacionales con consecuencias políticas de suma importancia. No han sido pocas las ocasiones en que la coordinación y la falta de unidad de criterio entre el Senado y el Presidente es manifiesta: en algunos casos, los presidentes se han negado a enviar tratados al Senado que ya han sido negociados; en otros, se han retirado de los tratados antes de que éste entre a actuar; algunas veces, se han negado a ratificar tratados después de que el Senado los ha autorizado y, por último, son muchos los casos en que el Senado ha condicionado su consentimiento en la forma de reservas o bien ha hecho declaraciones o ha expresado su entendimiento de una u otra forma, antes de dar la autorización final para que el Presidente prosiga con la etapa de ratificación del acuerdo. En el caso de las reservas, por lo general, se requiere de la renegociación del acuerdo con la parte o demás partes contratantes, ya que las limitantes que imponga el Senado, si bien a veces solo tienen efectos puramente a nivel interno⁵, en otras situaciones sí pueden afectar la relación legal establecida con la contraparte. Que el Senado pueda establecer condiciones y/o exigir modificaciones pareciera legítimo y constitucional. ¡El que puede lo más, puede lo menos! Lo que no obsta para que a excepción del caso de las reservas (en que siempre se requiere de la voluntad

⁵/Solo en una ocasión se discutieron en el Senado seriamente las consecuencias de estas “reservas”. En verdad son condiciones que no intentan modificar las obligaciones internacionales establecidas en el tratado sino ejercer algún control sobre los efectos que éste tenga a nivel interno. Ver. Convención entre los EE.UU. y Canadá sobre la utilización y usos del Río Niágara. Feb. 27, 1950 (1950) 1 U.S.T. 694, T.I.A.A. No. 2130.

de las partes al acuerdo), las partes contratantes sean informadas oportunamente de las declaraciones o entendimientos que el Senado expresa con el fin de evitar malentendidos o controversias una vez éste entre en vigor y sea ejecutado. A veces, las declaraciones o entendimientos tienen un alcance mayor y, si el Senado los expresa como condición para dar su consentimiento al acuerdo en cuestión, por ejemplo, en el caso de una interpretación determinada, el Presidente estará obligado y deberá subordinarse a ella.

Interpretación de los tratados internacionales

LA AUTORIDAD DEL PRESIDENTE PARA CONCLUIR tratados no termina con el intercambio de instrumentos de ratificación, sino que comprende evidentemente la de ejecutarlos, y llevar a cabo el cumplimiento de sus disposiciones respondiendo así, internacionalmente, por las obligaciones a que su país se ha comprometido. En varios de sus artículos, el profesor Louis Henkin⁶ explica la forma en que la obligación y autoridad para implementar o ejecutar un tratado internacional involucra además la de interpretar las cláusulas del instrumento de que se trate. De acuerdo con el caso *Curtiss Wright*, el Presidente es el vocero de los Estados Unidos en el campo de las relaciones internacionales. ¿No es, pues, él, también, el más indicado para definir el alcance y significado del contenido de un tratado vis-a-vis las demás partes contratantes?

La respuesta es en principio afirmativa; en realidad, la interpretación que el ejecutivo da a los instrumentos internacionales es por sí misma casi definitiva. Sin embargo, no por ello las demás ramas del poder público han dejado de reclamar derechos en esta materia y han exigido de su participación, bien sea cuando el Congreso debe considerar legislación para ejecutar el tratado a nivel doméstico, o bien cuando los tribunales se hayan ventilado casos en que un tratado por una razón u otra es relevante a la controversia que le ha sido planteada. Hay que tener muy en claro que si bien la interpretación del ejecutivo puede ser determinante, por cuanto él como negociador es quien conoce mejor el contenido y significado de la negociación, no por ello goza de poder ilimitado en la materia, en particular del derecho de interpretar un tratado en forma distinta a lo entendido por el Senado al momento en que dio su aprobación para proseguir con su ratificación. Justamente esta polémica, ha cobrado relevancia en estos últimos años y se ha constituido en objeto de debate constitucional en todo el país. Es el caso especial del tratado de Misiles Anti-balístico, firmado en 1972 por la Unión Soviética y los Estados Unidos, cuyo alcance ha sido revaluado por la administración Reagan con ocasión del lanzamiento de la iniciativa de Defensa Estratégica, más conocida como la Guerra de las Galaxias.

6/ Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the Constitution* 167 (1972). "The Treaty Makers and the Law Makers: the Law of the Land and Foreign Relations". 107 U. Pa. L. Rev. 903, 920-30 (1959).

Un debate constitucional

EL ANTECEDENTE ORIGINAL A LA ANTERIOR controversia constitucional surgió en marzo de 1983 cuando el Presidente Reagan en una alocución televisada al público norteamericano anunció un programa de sistemas de armas de carácter defensivo, la Iniciativa de Defensa Estratégica (IDE), cuyo objetivo fue el de reemplazar el régimen nuclear de los últimos 25 años de Destrucción Mutua Asegurada (DMA)⁷. Este nuevo concepto implicaba de por sí un vuelco significativo en cuanto a la política de estrategia de los Estados Unidos vis-a-vis la Unión Soviética; hasta 1983 los Estados Unidos habían basado su seguridad en contra de un ataque nuclear soviético en el concepto de disuasión limitado a un ataque ofensivo, v. g. retaliación que fuese equivalente a una destrucción asegurada. En 1965, el Pentágono definió DMA como la capacidad para destruir 1/4 a 1/3 de la población civil y 2/3 de la industria soviética; en 1968, los niveles disminuyeron respectivamente a 1/5, 1/4, y 1/2⁸. El propósito inicial de dicha iniciativa fue el de que los misiles nucleares balísticos se convirtieran en armas obsoletas e impotentes y, en ese contexto, el de dirigir un programa de investigación altamente especializado con tecnología avanzada que sirviera de piedra angular para un futuro desarrollo y despliegue de sistemas de defensa estratégicos. El programa, tal como lo expuso en su momento el Presidente Reagan, no amenazaba, según la Casa Blanca, con violar las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en 1972 con la firma del tratado ABM, pero la verdad es que su compatibilidad no es clara y su legalidad y conveniencia se han convertido en el punto focal del debate que sobre conclusión e interpretación de tratados hicimos mención con anterioridad.

Tratado de Misiles Anti-Balístico (AMB) y la Iniciativa de Defensa Estratégica (IDE)

EL TRATADO DE 1972 ES UN ACUERDO PRODUCTO de las conversaciones sobre limitación de armas estratégicas SALT iniciadas formalmente por las dos superpotencias en 1969. La filosofía que inspiró originalmente estas negociaciones fue la de restringir el desarrollo y despliegue de misiles con el fin de que el número de armas nucleares de carácter ofensivo fuese limitado. Un sistema de misiles anti-balístico, según los términos del tratado, es aquel que contrarresta misiles balísticos de carácter estratégico o alguno de sus componentes en una trayectoria de vuelo⁹. El acuerdo indica que actualmente un sistema ABM consiste de misiles interceptores ABM, de radares ABM y de plataformas ABM¹⁰. El texto como tal no precluye *per se* la juris-

7/ Originalmente la doctrina se basó en la capacidad de los EE.UU. en demorar un ataque soviético manteniendo fuerzas capaces de alcanzar un nivel determinado de muertes civiles y de daño industrial.

8/ Kissinger, H.: *The White House Years* 204 (1979).

9/ Tratado ABM, Art. II.

10/ Tratado ABM, Art. II.

de las partes al acuerdo), las partes contratantes sean informadas oportunamente de las declaraciones o entendimientos que el Senado expresa con el fin de evitar malentendidos o controversias una vez éste entre en vigor y sea ejecutado. A veces, las declaraciones o entendimientos tienen un alcance mayor y, si el Senado los expresa como condición para dar su consentimiento al acuerdo en cuestión, por ejemplo, en el caso de una interpretación determinada, el Presidente estará obligado y deberá subordinarse a ella.

Interpretación de los tratados internacionales

LA AUTORIDAD DEL PRESIDENTE PARA CONCLUIR tratados no termina con el intercambio de instrumentos de ratificación, sino que comprende evidentemente la de ejecutarlos, y llevar a cabo el cumplimiento de sus disposiciones respondiendo así, internacionalmente, por las obligaciones a que su país se ha comprometido. En varios de sus artículos, el profesor Louis Henkin⁶ explica la forma en que la obligación y autoridad para implementar o ejecutar un tratado internacional involucra además la de interpretar las cláusulas del instrumento de que se trate. De acuerdo con el caso *Curtiss Wright*, el Presidente es el vocero de los Estados Unidos en el campo de las relaciones internacionales. ¿No es, pues, él, también, el más indicado para definir el alcance y significado del contenido de un tratado vis-a-vis las demás partes contratantes?

La respuesta es en principio afirmativa; en realidad, la interpretación que el ejecutivo da a los instrumentos internacionales es por sí misma casi definitiva. Sin embargo, no por ello las demás ramas del poder público han dejado de reclamar derechos en esta materia y han exigido de su participación, bien sea cuando el Congreso debe considerar legislación para ejecutar el tratado a nivel doméstico, o bien cuando los tribunales se hayan ventilado casos en que un tratado por una razón u otra es relevante a la controversia que le ha sido planteada. Hay que tener muy en claro que si bien la interpretación del ejecutivo puede ser determinante, por cuanto él como negociador es quien conoce mejor el contenido y significado de la negociación, no por ello goza de poder ilimitado en la materia, en particular del derecho de interpretar un tratado en forma distinta a lo entendido por el Senado al momento en que dio su aprobación para proseguir con su ratificación. Justamente esta polémica, ha cobrado relevancia en estos últimos años y se ha constituido en objeto de debate constitucional en todo el país. Es el caso especial del tratado de Misiles Anti-balístico, firmado en 1972 por la Unión Soviética y los Estados Unidos, cuyo alcance ha sido revaluado por la administración Reagan con ocasión del lanzamiento de la iniciativa de Defensa Estratégica, más conocida como la Guerra de las Galaxias.

6 / Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the Constitution* 167 (1972). "The Treaty Makers and the Law Makers: the Law of the Land and Foreign Relations". 107 U. Pa. L. Rev. 903, 920-30 (1959).

Un debate constitucional

EL ANTECEDENTE ORIGINAL A LA ANTERIOR controversia constitucional surgió en marzo de 1983 cuando el Presidente Reagan en una alocución televisada al público norteamericano anunció un programa de sistemas de armas de carácter defensivo, la Iniciativa de Defensa Estratégica (IDE), cuyo objetivo fue el de reemplazar el régimen nuclear de los últimos 25 años de Destrucción Mutua Asegurada (DMA)⁷. Este nuevo concepto implicaba de por sí un vuelco significativo en cuanto a la política de estrategia de los Estados Unidos vis-a-vis la Unión Soviética; hasta 1983 los Estados Unidos habían basado su seguridad en contra de un ataque nuclear soviético en el concepto de disuasión limitado a un ataque ofensivo, v. g. retaliación que fuese equivalente a una destrucción asegurada. En 1965, el Pentágono definió DMA como la capacidad para destruir 1/4 a 1/3 de la población civil y 2/3 de la industria soviética; en 1968, los niveles disminuyeron respectivamente a 1/5, 1/4, y 1/2⁸. El propósito inicial de dicha iniciativa fue el de que los misiles nucleares balísticos se convirtieran en armas obsoletas e impotentes y, en ese contexto, el de dirigir un programa de investigación altamente especializado con tecnología avanzada que sirviera de piedra angular para un futuro desarrollo y despliegue de sistemas de defensa estratégicos. El programa, tal como lo expuso en su momento el Presidente Reagan, no amenazaba, según la Casa Blanca, con violar las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en 1972 con la firma del tratado ABM, pero la verdad es que su compatibilidad no es clara y su legalidad y conveniencia se han convertido en el punto focal del debate que sobre conclusión e interpretación de tratados hicimos mención con anterioridad.

Tratado de Misiles Anti-Balístico (AMB) y la Iniciativa de Defensa Estratégica (IDE)

EL TRATADO DE 1972 ES UN ACUERDO PRODUCTO de las conversaciones sobre limitación de armas estratégicas SALT iniciadas formalmente por las dos superpotencias en 1969. La filosofía que inspiró originalmente estas negociaciones fue la de restringir el desarrollo y despliegue de misiles con el fin de que el número de armas nucleares de carácter ofensivo fuese limitado. Un sistema de misiles anti-balístico, según los términos del tratado, es aquel que contrarresta misiles balísticos de carácter estratégico o alguno de sus componentes en una trayectoria de vuelo⁹. El acuerdo indica que actualmente un sistema ABM consiste de misiles interceptores ABM, de radares ABM y de plataformas ABM¹⁰. El texto como tal no precluye *per se* la juris-

7 / Originalmente la doctrina se basó en la capacidad de los EE.UU. en demorar un ataque soviético manteniendo fuerzas capaces de alcanzar un nivel determinado de muertes civiles y de daño industrial.

8 / Kissinger, H.: *The White House Years* 204 (1979).

9 / Tratado ABM. Art. II.

10 / Tratado ABM. Art. II.

dicción del tratado en lo que se refiere a sistemas ABM que utilicen otros mecanismos que los indicados, pero la cuestión fundamental es precisamente la de saber a ciencia cierta si quienes negociaron y redactaron el tratado tuvieron efectivamente la intención y propósito de incluirlos. En todo caso, paralelamente al texto que se adoptó y muy acertadamente, los jefes de las delegaciones de los gobiernos de Washington y Moscú, firmaron en mayo de 1972 una nota aclaratoria en la que expresaron que: "Con el fin de asegurar el cumplimiento de la obligación de no desplegar sistemas ABM o sus componentes, las partes acuerdan que en el evento de que se creen en el futuro sistemas ABM basados en 'otros principios físicos'... las limitaciones específicas a tales sistemas... deberán ser objeto de discusión según el artículo 13 y objeto de acuerdo entre las partes con base en el artículo 14 del tratado"¹¹. Es importante tener en cuenta las diferenciaciones que el tratado establece según el tipo de construcción de los sistemas ABM: de un lado, prohíbe en términos absolutos el desarrollo, ensayo y despliegue de sistemas que estén contruidos en el aire, en el espacio y en la tierra, éstos últimos si son móviles¹², y del otro, permite el desarrollo y ensayo¹³ de aquellos sistemas que estén contruidos en tierra y sean fijos y cuyo despliegue sea limitado¹⁴. La verdad es que el texto define con bastante claridad las limitaciones geográficas a las que los dos países deben circunscribirse, y es así como establece específicamente que las partes solo podrán mantener una sola y única área de despliegue de estos misiles, área que por otra parte es tan localizada y tan restringida que impide que se convierta en una defensa de carácter nacional. Originalmente el tratado permitía a las partes proteger su capital y un campo ICBM¹⁵, pero el protocolo firmado en 1974 y en vigor desde 1976, restringió esta posibilidad y limita a cada una de las partes a mantener un solo sitio. Efectivamente, la Unión Soviética ha seguido protegiendo Moscú y las posiciones de los Estados Unidos en Dakota del Norte, fueron desmanteladas a mediados de los años 70. No solo las restricciones geográficas hacen de este instrumento un mecanismo bastante complejo, sino que sus cláusulas establecen limitaciones de carácter cualitativo y cuantitativo. Por ejemplo, en cada sitio ABM no puede haber más de 100 misiles interceptores ni de 100 plataformas, y se prohíbe a ambas partes desarrollar, ensayar y desplegar plataformas ABM capacitadas para el lanzamiento de más de un misil interceptor a un mismo tiempo¹⁶.

La Iniciativa de Defensa Estratégica, más conocida como la Guerra de las Galaxias, en últimas anticipa de una u otra forma la militarización del espacio; evidentemente, el programa evoluciona, una vez la etapa inicial de investigación sea superada, hacia fases muy sofisticadas de desarrollo y despliegue de sistemas en el espacio, actividades cuya permisibilidad, sin

lugar a dudas, no se desprende fácilmente de las cláusulas del tratado de 1972. En efecto el récord negociador en 1972 también parece confirmar la incompatibilidad de este programa con el acuerdo y otras declaraciones hacen pensar que la Casa Blanca se ha extralimitado con su propuesta. El jefe de la delegación americana en ese entonces afirmó que "las partes habían acordado que futuros sistemas ABM basados 'en otros principios físicos' no podrían ser desplegados, a menos que se enmendara el tratado"¹⁷; así mismo el Secretario de Estado en declaración al Comité senatorial de Servicios Armados dijo que: "las partes han convenido que sistemas futuros ABM de carácter exótico, por ejemplo sistemas que dependieran de mecanismos como lasers, no podrían desplegarse".

La versión tradicional y el entendimiento amplio

LA VERDAD ES QUE HASTA 1985 EFECTIVAMENTE el tratado ABM fue interpretado por todos como un instrumento por el cual estrictamente se limitaban el ensayo y el desarrollo de sistemas móviles de misiles anti-balísticos. Es más, según la versión norteamericana era claro que tales límites se aplicaban a sistemas ABM que estuvieran basados en tecnologías no muy desarrolladas o inexistentes al momento en que el tratado fue negociado; los nuevos sistemas son los que hemos mencionado con anterioridad, es decir, aquellos que están basados en "otros principios físicos".

No obstante lo anterior, la administración Reagan modificó el alcance del tratado de 1972 ampliando el contenido de sus cláusulas; funcionarios del Pentágono pusieron a prueba el entendimiento original y violentaron la interpretación que tradicionalmente se había atribuido a las disposiciones del acuerdo, insistiendo en que su texto era más permisivo de lo que hasta entonces se había considerado. En este entendido consideran que el tratado permite la prueba irrestricta de nuevos tipos de sistemas ABM móviles basados en "otros principios físicos". Esta nueva interpretación conocida como la permisiva o la amplia provocó y sigue generando reacciones encontradas en el seno del Congreso estadounidense y en el extranjero, en particular en la Unión Soviética, cuyo gobierno ha objetado continuamente a la nueva acepción del acuerdo, al cual el Presidente Reagan insiste en otorgar un sentido distinto del original. De un lado, D. Sofaer el consejero legal del Departamento de Estado, fundamenta la nueva interpretación no solo en el récord negociador entre las partes contratantes al concluir el tratado y según el cual ni Moscú ni Washington acordaron restringir el ensayo de tecnologías avanzadas (lasers) sino que considera que del debate en el Senado, para efectos de su aprobación, no puede inferirse nada en contra de esta nueva argumentación. Según el entendido de este funcionario y de todos los principales negociadores, a excepción de uno de ellos, el tratado permite el desarrollo y el ensayo de armas tecnológicamente sofisticadas con el fin de desplegarlas en el espacio; estos argumentos se ven complementados con el

11 / "Interpretaciones acordadas", Apéndice al Tratado ABM. Mayo 26, 1972. par. (E) 11 ILM 796, 797 (1972).

12 / Tratado ABM. Art. V.

13 / Id. Art. IV. (Condicionado a algunas restricciones).

14 / Id. Art. III.

15. Tratado ABM. Art. III. Modificado por Protocolo, 1974.

16 / Tratado ABM. Art. V par. 2, 23 UST al 3441.

17 / 67 Dept. of State Bulletin. 147 (1972).

cuestionamiento permanente sobre el carácter vinculatorio del testimonio que prestan los funcionarios de la Administración durante la audiencia que en el seno del Senado se realiza siempre que se aprueba un instrumento internacional de este tipo. De otro lado, el gobierno de Moscú se adhiere a la interpretación tradicional y ha advertido que el entendido unilateral de los Estados Unidos es una revisión impermisible que mutila el sentido y los propósitos del acuerdo.

Por su parte, en el Congreso estadounidense si bien hubo opiniones distintas en 1985, las posiciones a partir de ese año se han ido polarizando entre los demócratas, que apoyan la interpretación restrictiva o tradicional y consideran que un tratado debe leerse a la luz de la historia legislativa del Senado que lo aprobó y no de uno posterior, y los republicanos más conservadores que apoyan decididamente al Presidente; para éstos, la interpretación amplia se ha convertido en un símbolo del compromiso que tiene la Administración para con el programa de la "Guerra de las Galaxias". Para los legisladores demócratas, la interpretación amplia está en abierto desafío a la responsabilidad constitucional que el Senado tiene por derecho propio en el proceso de elaboración de los tratados internacionales; no solo la facultad en esta materia es compartida por el Senado, sino que el Senado aprobó el tratado con base en declaraciones hechas por funcionarios de la Administración Nixon en la audiencia senatorial según las cuales el acuerdo establecía límites estrictos en cuanto a los ensayos de sistemas desplegados en el espacio. Por el contrario, los republicanos afirman que la Unión Soviética nunca convino a una prohibición en tal sentido, y que por ende, los Estados Unidos no están vinculados de ninguna manera.

A raíz de esta confrontación interna, los demócratas en el Senado decidieron utilizar el tratado firmado en diciembre de 1987 por Reagan y Gorbachov sobre la eliminación de misiles de corto y mediano alcance, y no darle su aprobación hasta tanto el Presidente aceptase que sus facultades a este respecto no son ilimitadas ni irrestrictas, y que por el contrario reconociese que el Senado juega un papel esencial que es parte de las responsabilidades constitucionales previstas por la Carta Fundamental para este órgano. Esta controversia, demócratas-republicanos en el Congreso y demócratas-Casa Blanca, pasó a las primeras planas de los periódicos americanos y extranjeros en los meses anteriores a la cuarta Cumbre Reagan-Gorbachov celebrada en Moscú en mayo pasado. Era de conocimiento público que el intercambio de los instrumentos de ratificación por parte de los dos gobiernos era una de las expectativas, sino la única cierta en la agenda de los dos mandatarios, que se esperaba del encuentro de los dos líderes mundiales. Fueron dos los demócratas que se destacaron por su argumentación a lo largo de estos meses en que el debate constitucional cobró mayor relevancia. En primer lugar, el senador Nunn, presidente del Comité del Senado para Servicios Armados, que propuso al Secretario de Estado G. Shultz un compromiso según el cual la Administración no puede revisar la interpretación de un tratado ya ratificado sin la aprobación del Senado; esta fórmula incluía así mismo una declaración mediante la cual el testimonio de los funcionarios de la rama ejecutiva debe considerarse como autorizado. En segundo lugar, el senador

Biden, miembro del Comité senatorial de Relaciones Exteriores, sugirió la inclusión de un texto que formara parte del tratado y fuese obligatorio para la administración en el que se reafirmaran los argumentos de los demócratas y fuese explícito en cuanto a que el testimonio de la Administración es vinculante, obligatorio y en línea con el tratado, tal como fue entendido por el Senado y el Ejecutivo al momento de su ratificación.

Conclusiones

EL DEBATE CONSTITUCIONAL EN EL SENADO ESTADOUNIDENSE no ha terminado. Ni el Presidente Reagan, ni los republicanos van a dejar de insistir en el Programa de la IDE, ni el Senado y en su mayoría los legisladores demócratas van a renunciar a la responsabilidad constitucional que les compete en lo que se refiere a la interpretación de tratados. La verdad es que una interpretación distinta por parte del Ejecutivo a aquella dada, por el Senado, equivale en la práctica a una revisión del acuerdo, a la imposición de una enmienda que no sólo no está autorizada por el derecho constitucional americano, sino que desde el punto de vista de derecho internacional público, requeriría para su obligatoriedad del consentimiento de todas las partes contratantes, es decir, del acuerdo de voluntades entre la Unión Soviética y los Estados Unidos.

El tratado ABM tiene una duración limitada y puede ser objeto de enmiendas o de retiro, posibilidad aquella que no parecería tener mucho sentido puesto que modificar el tratado en forma tal que se hagan permisibles las fases de la IDE posteriores a la investigación inicial, es en últimas cuestionar todo el objeto y propósito original del acuerdo de 1972. El derecho de retiro es por otro lado un derecho que puede ser ejercido unilateralmente siempre que se dé previo aviso con 6 meses de anticipación "si una de las partes considera que eventos extraordinarios relativos a los asuntos objeto del tratado amenazan o pueden amenazar intereses propios de carácter fundamental", consideración que se deja a discreción de la parte afectada. Es esto, quizás, la probabilidad que la Administración Reagan debiera tener en cuenta si es que desea insistir en su Programa, lo que, sin embargo, no parecería muy razonable. De un lado, es su último año en la presidencia y por razones políticas internas, sería una tarea difícil de realizar, y por el otro, sus aliados, no verían con buenos ojos y no sin justa razón el retiro del acuerdo. Es además evidente que a ninguna de las superpotencias, ni a la OTAN ni al Pacto de Varsovia, conviene, sobre todo en este momento, revertir los logros que en materia de control de armamentos se han alcanzado; mucho menos poner en entredicho un tratado como el del año 72, máxime cuando la Unión Soviética bajo el liderazgo de Gorbachov está impulsando cambios sustanciales a todo nivel, lo que incluye una visión más realista en el diálogo con los Estados Unidos, que facilita la posibilidad de un control de armamentos efectivo.

Desde el punto de vista práctico, la verdad es que el Programa de la IDE no deja de plantear interrogantes en cuanto a sus exigencias técnicas y requerimientos presupuestales que cuestionan seriamente el pragmatismo de

dicha iniciativa. Hace algunos meses que el Pentágono preparó un informe sobre el tratado ABM con base en la interpretación permisiva, con el fin de explicar la posibilidad de realizar experimentos novedosos que decididamente acelerarían el funcionamiento del Programa. Sin embargo, el estudio parte de premisas que, si bien no son erróneas, carecen de una buena dosis de realismo. En primer lugar, presupone que el Congreso apropie el presupuesto que el Pentágono ha solicitado para estos efectos, que por otra parte ya ha sido reducido para 1988 y para 1989; en segundo lugar parte de la base de que los interceptores futuros construidos en el espacio, que destruyan misiles o cabezas nucleares por impacto, deben considerarse como nuevos tipos de sistema ABM basados en "otros principios físicos" y que por ende, su ensayo es permitido bajo la acepción amplia del tratado.

La verdad es que los limitantes presupuestarios y los obstáculos técnicos que se han presentado han llevado a que el Pentágono revalúe el alcance del Programa y hayan planteado la posibilidad de que se reestructure; en este sentido, es probable que se analicen las recomendaciones que han formulado un grupo de científicos que proponen dividir la iniciativa original de despliegue en una serie de etapas que cabrían dentro del entendimiento tradicional del tratado de 1972. La Casa Blanca no se ha pronunciado a este respecto; en todo caso la "Guerra de las Galaxias" es un compromiso al que el Presidente Reagan no va a renunciar fácilmente. Su rigidez en cuanto a la interpretación del tratado puede resultar costosa para los Estados Unidos; por el contrario, un grado de flexibilidad aceptable podría lograr que Moscú hiciese concesiones importantes, y en particular facilitar las conversaciones sobre armas estratégicas y contribuir a un clima más propicio para el diálogo sobre armamento convencional. El candidato presidencial M. Dukakis, por su lado, se ha mostrado partidario de la interpretación tradicional, y considera que los argumentos de la Casa Blanca no sólo son erróneos desde el punto de vista legal, sino que son altamente inconvenientes para las relaciones con la Unión Soviética.