

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

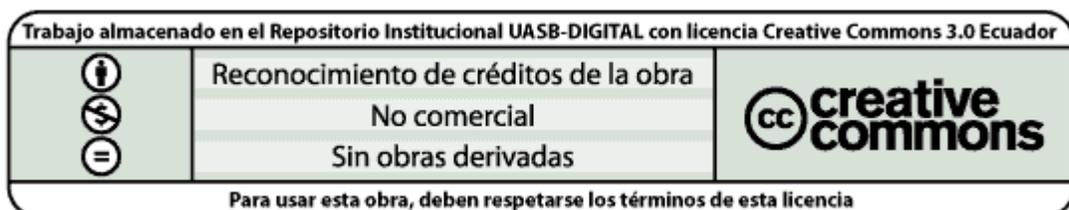
Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador

María Gloria Pérez Paredes

2011



Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....
María Gloria Pérez

Quito, 30 de septiembre de 2011

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría Internacional en Derecho
Mención Derecho Constitucional

El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador

Alumna: María Gloria Pérez Paredes
Tutor: César Montaña Galarza

Quito, Ecuador

2011

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo determinar ¿si la institución del control constitucional previo de tratados internacionales ha funcionado como mecanismo idóneo que permita garantizar la supremacía constitucional? Cuestión que a lo largo de este trabajo pretende ser resuelta mediante la confrontación de las dos modalidades de control constitucional que tradicionalmente se han planteado para los tratados internacionales: el control *a priori* o control *a posteriori*.

Se parte del análisis de la figura del control constitucional en general para luego aterrizar en la institución del control constitucional previo como mecanismo para asegurar la supremacía de la Constitución, como instrumento político fundamental de un Estado.

Igualmente se recurre al estudio de la normativa constitucional que se ha expedido en el Ecuador a partir del año 1945 hasta el 2008, haciendo una breve referencia a las constituciones promulgadas antes de ese período, en donde se hace un análisis crítico de la conveniencia de los sistemas de control constitucional de tratados internacionales acogidos en cada una de las cartas políticas.

Posteriormente se hace una investigación de derecho comparado de las constituciones vigentes en Bolivia y Perú a partir del cual se identifican las similitudes y divergencias que presentan estos sistemas en lo que al control constitucional de tratados internacionales se refiere. Finalmente se pretende determinar la conveniencia del control *a priori* de los tratados internacionales como un mecanismo que permite por un lado la coherencia del ordenamiento jurídico interno con la Constitución, y por otro el respeto por el Derecho internacional y los compromisos internacionales que el Estado ha adquirido o lo hará en el futuro como ente soberano.

ÍNDICE

Introducción.....	8
-------------------	---

CAPÍTULO I

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

1.1.	La relación entre el derecho interno y el Derecho internacional.....	11
1.1.1.	Concepto y características del Derecho internacional.....	11
1.1.2.	La relación entre el derecho interno y el Derecho internacional.....	19
1.2.	La supremacía constitucional.....	22
1.2.1.	Concepto de supremacía constitucional	24
1.3.	El control constitucional.....	25
1.3.1.	Concepto.....	25
1.3.2.	La noción de tratado internacional y su control constitucional.....	27
1.3.2.1.	El control constitucional posterior.....	32
1.3.2.2.	El control constitucional previo.....	36

CAPÍTULO II

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

PREVIO EN EL ECUADOR

2.1.	El control constitucional previo de tratados internacionales en las constituciones del Ecuador y sus reformas.....	43
2.1.1.	La recepción de la norma internacional en las Constituciones del Ecuador.....	49

2.1.2. El papel de las funciones ejecutiva y legislativa en el proceso de celebración de tratados internacionales.....	54
2.1.3. El control constitucional: análisis de su regulación en las constituciones del Ecuador y los tratados internacionales como objeto de control.....	61
2.1.4. La Constitución de 1998 y la Ley de Control Constitucional de 1997.....	67

CAPÍTULO III

EL CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO DE TRATADOS

INTERNACIONALES, LEGISLACIÓN VIGENTE

3.1. Regulación del control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales en la Constitución ecuatoriana vigente.....	76
3.1.1. La relación entre el derecho interno y el Derecho internacional.....	76
3.1.2. El papel de las funciones ejecutiva y legislativa en el proceso de celebración de tratados internacionales.....	79
3.1.3. La Corte Constitucional y su facultad para efectuar el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales.....	85
3.1.4. Los tratados internacionales de derechos humanos.....	95
3.2. El control constitucional de tratados internacionales. Análisis de Derecho Comparado.....	98
3.2.1. El proceso de formación de tratados internacionales y las funciones ejecutiva y legislativa.....	98

3.2.2. El control constitucional de tratados internacionales en las constituciones de Bolivia y Perú.....	106
Conclusiones y recomendaciones.....	116
Anexos.....	120
Bibliografía.....	128

INTRODUCCIÓN

El acelerado progreso de las relaciones internacionales ha provocado que en las últimas décadas, especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, el número de instrumentos internacionales que celebran los países se multiplique, dando lugar a la existencia de un sinnúmero de compromisos que los Estados, como entes soberanos, han asumido con otros sujetos de Derecho internacional.

Ello ha fomentado una preocupación cada vez mayor para los Estados de contar con una regulación nacional adecuada que permita establecer el proceso interno que se debe observar a fin de que la adopción de un tratado internacional no violente los preceptos constitucionales.

La tesis *El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador* pretende enfocar la problemática que se suscita cuando la adopción de normativa internacional, específicamente los tratados internacionales, implica la vulneración de la Constitución de los Estados involucrados. Adicionalmente se intenta establecer si el control constitucional previo de estos instrumentos se instituye en el mecanismo idóneo que permite la solución de dicho conflicto de manera que los Estados no infrinjan sus compromisos internacionales ni quebranten su Norma Suprema.

En cuanto a la metodología utilizada, en virtud del ámbito de la investigación, se considera pertinente la utilización del método clásico del Derecho, es decir el método dogmático formal que pone énfasis en el análisis e interpretación de la norma jurídica, la doctrina y la jurisprudencia. Para ello servirán de apoyo la hermenéutica y la semiología,

sobre todo en el análisis e interpretación de normas jurídicas. Así mismo se consideran fuentes fundamentales de este trabajo los estudios doctrinarios de destacados autores como Fabián Novak Talavera, Luis García-Corrochano Moyano, Antonio Remiro Brotóns, Marco Monroy Cabra, Víctor Bazán, Darío Villarroel, entre otros. En cuanto a fuentes normativas se recurrirá a las constituciones ecuatorianas expedidas entre los años 1830 y 2008, además de la derogada Ley de control constitucional y la Ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional vigente. A nivel internacional se han revisado las cartas políticas de los Estados de Bolivia y Perú.

Volviendo al contenido del estudio, para cumplir con su objetivo se parte de la interrogante ¿en qué consiste el control constitucional de tratados internacionales? La respuesta a esta inquietud implica el análisis de varias instituciones jurídicas como la supremacía constitucional y el control constitucional, pero sobre todo de la relación entre el derecho interno de un Estado y el Derecho internacional. Cuestiones que serán abordadas a profundidad en el primer capítulo de éste trabajo.

En el segundo apartado la problemática se centra en el análisis histórico de los textos constitucionales expedidos en el Ecuador a partir del año 1945. Con ello se pretende identificar la forma en la que las constituciones ecuatorianas han regulado lo relativo al control constitucional previo de tratados internacionales. En ese sentido, se hace hincapié en cuatro cuestiones fundamentales a saber, la recepción de la normativa internacional en el ordenamiento jurídico interno, el papel que cumplen las funciones ejecutiva y legislativa en el proceso de formación interno de tratados o convenios internacionales, la existencia de un

mecanismo de control de constitucionalidad, y finalmente la potestad de incluir a los tratados internacionales como objetos de control.

El capítulo final del trabajo pretende señalar, bajo una perspectiva comparada, la regulación que plantean las constituciones vigentes de Bolivia y Perú sobre el control constitucional previo de tratados internacionales. Ello va a permitir identificar los puntos de convergencia y de distanciamiento que mantienen estos Estados en su regulación constitucional al respecto.

Finalmente, a manera de conclusiones se señalan los inconvenientes que surgen de la regulación actual que mantienen los Estados sobre el control constitucional previo de tratados internacionales, se cuestiona acerca de la idoneidad de éste como mecanismo de control constitucional frente a la normativa internacional y se propone una nueva concepción al respecto.

CAPÍTULO I: EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

I.- Introducción

La afirmación del tratadista J.C. Yoo, citado por el mexicano Emmanuel Roa Ortiz, “vivimos en un mundo de tratados”¹, condensa en seis palabras la situación de los estados en el ámbito internacional.

La necesidad de la integración ha llevado a los países a celebrar diversos instrumentos internacionales que propenden a una armonización cada vez más consolidada de las normas que regulan a los sujetos de derecho internacional.

El presente capítulo tiene como objetivo brindar conceptos básicos que permitan la comprensión cabal de la cuestión, empezando con un análisis de lo que se entiende por derecho internacional y las diversas soluciones aportadas por la doctrina para resolver el problema de la relación entre éste y el derecho nacional. Posteriormente se estudiará el concepto de *supremacía constitucional*, para finalizar con el examen de la figura del control constitucional como herramienta que garantiza la vigencia de la Constitución como Norma Suprema.

II.- LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

1.- Concepto y características del derecho internacional

1 Yoo J. C., “Globalism and the Constitution: Treaties, Non–Self Execution and the Original Understanding”, en *Columbia Law Review*, vol. 9, num. 8, diciembre de 1999, p. 1955, citado por Emmanuel Roa Ortiz, “Tratados Internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado Mexicano”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutierrez Rivas, coord., *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 175.

El análisis de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los estados requiere de un estudio previo de lo que se entiende por el primero.

El derecho internacional puede ser conceptualizado como “el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden”.²

El derecho internacional implica pues la regulación de las interacciones de los sujetos sometidos a ese régimen, plasmadas en distintos instrumentos jurídicos, provenientes de diversas fuentes³ y dotados de eficacia por voluntad de las partes a quienes regula.

Pero esta rama del derecho está lejos de ser perfecta. El derecho internacional adolece de una serie de especificaciones que complejiza su caracterización como ordenamiento jurídico, aunque actualmente es imposible cuestionar su eficacia, no se puede afirmar que el conjunto de regulaciones que rigen las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional sea un conglomerado de normas sistemáticas, programáticas, perfectamente coherentes entre sí. De hecho, el derecho internacional se destaca por la

2 Antonio Remiro Brotóns, y otros, *Derecho internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 47. Véase también Fabián Novak Talavera y Luis García-Corrochano Moyano, *Derecho internacional público*. Tomo I, *Introducción y Fuentes*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, 2000, p. 32, para quienes el Derecho internacional es “[...] el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los diferentes sujetos de derecho que integran la comunidad Internacional [...]”.

3 El derecho internacional cuenta con fuentes principales y auxiliares o subsidiarias. Las primeras incluyen “[...] los métodos de creación de las normas jurídicas internacionales. Son aquellas que tienen carácter jurídico vinculante, que pueden aplicarse directamente para resolver un asunto [...]”. Entre las primeras se encuentran la costumbre internacional, los tratados, los principios generales del derecho internacional, los actos unilaterales de los estados, y algunas resoluciones de las organizaciones internacionales. Las normas auxiliares o subsidiarias “son aquellas que permiten verificar la existencia de una norma jurídica por sí mismas. Ayudan a precisar el sentido y alcance de las primeras y no se aplican directamente sino como complemento de las principales”. Un ejemplo de éstas fuentes lo constituyen la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto véase Fabián Novak Talavera y Luis García-Corrochano Moyano, *Derecho internacional público*, op. cit., p. 71.

carencia de instituciones definidas, por la ausencia de un órgano legislativo centralizado y un órgano jurisdiccional obligatorio,⁴ y en algunos casos de una cuestionada efectividad en los sistemas de sanciones existentes⁵, situación que dificulta la consecución de sus objetivos. En palabras de Antonio Remiro Brotóns “[...] se trata de un derecho distinto de los derechos estatales y hasta, por comparación, más *imperfecto*, tanto por su menor institucionalización, consecuencia de la estructura social, como por la inadecuación de sus medios en relación con sus objetivos y las necesidades presentes de dicha sociedad”.⁶

4 Fabián Novak Talavera y Luis García - Corrochano Moyano, *Derecho internacional Público*, op. cit., pp. 37 y 38.

5 Aunque actualmente existen varios organismos internacionales a los cuales los Estados han dotado de una facultad sancionadora, verbigracia la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entre otros, en la práctica muchas de sus sentencias se incumplen debido a que no existe un mecanismo efectivo que obligue a los Estados a ejecutar la sanción que ha sido impuesta o ésta no es adecuada para el asunto controvertido. Por ejemplo, el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (suscrito 28 de mayo de 1979 y publicado en el Registro Oficial N°363 de 18 de enero de 2000) en su artículo 27 manifiesta que en caso la sentencia del Tribunal fuera de incumplimiento, el país miembro demandado deberá adoptar las medidas necesarias para acatar lo inobservado. Si el Estado incumpliere esta disposición, el Tribunal de Justicia determinará los límites dentro de los cuales el país demandante o los demás miembros de la Comunidad Andina podrían suspender parcial o totalmente las ventajas derivadas del Acuerdo de Integración Subregional Andino o “Acuerdo de Cartagena” (suscrito el 26 de mayo de 1969 cuya codificación fue publicada en el Registro Oficial N°163 de 5 de septiembre de 2005) . Si dichas medidas adolecen de ineffectividad, el Tribunal podrá optar por otras de restricción o suspensión de los beneficios que se deducen del Acuerdo. La precisión de las condiciones y límites de esa atribución deberá constar en el Estatuto del Tribunal. Sin embargo, el Estatuto referido no regula nada al respecto, por lo que existe un vacío normativo que desemboca en la ineficacia del sistema de sanciones que rige a la Comunidad Andina, ya que la máxima sanción que se puede aplicar a un Estado es una suspensión de las ventajas derivadas del Acuerdo de Cartagena -no pudiéndose imponer, por ejemplo, multas-, lo cual muchas veces no remedia el incumplimiento y tampoco evita su reiteración.

En cuanto a la Corte Internacional de Justicia (creada por la Carta de las Naciones Unidas, suscrita el 26 de junio de 1945 y publicada en el Registro Oficial N°502 de 6 de febrero de 1946), de la revisión de su normativa se deriva que no cuenta con mecanismos suficientes para garantizar el cumplimiento de una sanción. Precisamente, la Carta de las Naciones Unidas, instrumento que crea la Corte, en su artículo 94 señala que si una de las partes en litigio incumpliere con el fallo, la otra parte podrá acudir al Consejo de Seguridad de la ONU, el cual está facultado para, *si lo cree necesario*, emitir *recomendaciones* o dictar medidas para que se ejecute el fallo. La norma no especifica la obligatoriedad de las recomendaciones ni cuáles serían esas otras medidas. De ello se deduce pues, que aunque existía la intención, actualmente la Corte no cuenta con un sistema eficaz de sanciones que resuelva adecuadamente los casos en los que un Estado simplemente, violando normas internacionales, incumpla con el fallo de la Corte. Ello sin mencionar los inconvenientes de índole político en los que se ha visto envuelta la ONU.

6 Antonio Remiro Brotóns y otros, *Derecho internacional*, op. cit., p.47.

Precisamente, esos caracteres complejos del derecho internacional y la versatilidad de las relaciones internacionales han provocado que el orden jurídico de la sociedad internacional derive en varios *regímenes normativos sectoriales* orientados a regular cuestiones de la más variada índole: derechos humanos, ambiente, comercio internacional, delitos transnacionales, etc.⁷ Así el derecho internacional general ha resultado en varios ámbitos de regulación que, entre otros, comprenden: el derecho internacional público, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional económico y la normativa que emana de organizaciones internacionales. Todos estos regímenes “[...] suelen girar en torno de uno o más tratados-marco, dotados de cierta institucionalización [...] capaces de generar normas y principios, con mecanismos de seguimiento de su aplicación, medios de solución de diferencias y reglas sobre la responsabilidad deducida de las infracciones”.⁸ Cada uno de esos ámbitos del derecho internacional constituye pues un ordenamiento jurídico propio que se conjuga en las normas generales del derecho internacional.

Respecto al derecho internacional público, de manera por demás sucinta, se puede afirmar que se trata del conjunto de normativa internacional que regula las relaciones entre los estados y de éstos con los demás sujetos de la comunidad internacional. Debido al ámbito de regulación de ésta rama del derecho, muchas veces se utiliza la denominación “derecho internacional” para significar al derecho internacional público, sin embargo éste último, tal como se ha afirmado anteriormente, constituye un ámbito del primero. Ello se debe a que en un inicio el derecho internacional general efectivamente se orientaba a

7 Antonio Remiro Brotóns, y otros, *Derecho internacional*, op. cit., p. 81.

8 *Ibíd.*, p. 81.

regular las relaciones entre los estados, considerándolos como los únicos sujetos del derecho internacional. Sin embargo, con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional cambió sus características para admitir la existencia de otros sujetos de derecho internacional como las organizaciones internacionales y los particulares, convirtiéndose así en una rama del derecho que abarca todos aquellos asuntos que por su trascendencia dejan de ser únicamente objetos de regulación nacional y se convierten en un asunto de interés internacional.

El instrumento jurídico por excelencia que rige al derecho internacional público es el tratado internacional, pues en él se establecen normas generales que regulan ampliamente aspectos de determinadas materias y que en la mayoría de los casos son celebrados entre estados, o entre éstos y otros sujetos de derecho internacional.

Actualmente, el derecho internacional público comparte protagonismo con otras ramas del derecho internacional en la que los principales actores no son los estados sino las organizaciones internacionales, las empresas transnacionales, e incluso los particulares, acabando con el monopolio que hasta la primera mitad del siglo XX ejercían los estados en el ámbito internacional.

Precisamente una de las ramas del derecho internacional considerada como una de las más relevantes por su objeto, lo constituye el derecho internacional de los derechos humanos. Este régimen normativo está conformado por el ordenamiento jurídico internacional que tiene como objetivo la protección de los derechos fundamentales del ser humano. Si bien existieron una serie de documentos que ya contenían declaraciones de derechos fundamentales de las personas, verbigracia el Bill of Rights de Virginia de 1776,

la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, o la Constitución mexicana de 1916 y 1917 y su *constitucionalismo social* trasladado posteriormente a las constituciones europeas como la alemana de 1919 o la española de 1931⁹, entre otras; la importancia de los derechos humanos alcanzó su verdadero fulgor como consecuencia de los lamentables sucesos de la Segunda Guerra Mundial, evidenciando la necesidad de que los derechos humanos, reservados hasta ese momento para la normativa interna, fueran objeto de protección internacional.¹⁰

Precisamente, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional llevada a cabo en San Francisco, EEUU en 1945, los países participantes decidieron constituir un organismo internacional denominado Organización de las Naciones Unidas, el mismo que de conformidad con el artículo 1 de su Carta Constitutiva firmada el 26 de junio de 1945, tiene como propósito: mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

El eco de este acontecimiento, a nivel latinoamericano, tuvo su expresión inicial en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá en

9 Héctor Fix Zamudio, “El derecho internacional de los derechos humano en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año I, Nro. 1, enero –junio 2004, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, pp. 141 y 142.

10 *Ibidem*, p. 142.

mayo de 1948¹¹; y posteriormente, a nivel mundial, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹², firmada el 10 de diciembre de 1948 en París en el marco de la Tercera Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

A partir de la firma de éste instrumento, el derecho internacional de derechos humanos se desarrolló considerablemente y dio origen a toda una gama de tratados y pactos internacionales en pro de la protección y garantía de la vigencia de los derechos de las personas como sujetos de protección internacional¹³, “[...] entre los cuales se destacan los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de diciembre de 1966¹⁴; y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos¹⁵, suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969”.¹⁶

Actualmente, el derecho internacional de los derechos humanos se ha expandido considerablemente, alcanzando una importancia tal que varios estados latinoamericanos han decidido plasmar en sus constituciones disposiciones que otorgan a los instrumentos internacionales de derechos humanos, la categoría de normas de rango constitucional e incluso supra constitucional por la importancia fundamental de sus contenidos que tienden a la protección de los seres humanos como sujetos privilegiados de esta rama del derecho internacional.

11 *Ibíd.*, p. 142.

12 La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue publicada en el Registro Auténtico de 10 de diciembre de 1948.

13 Alex Amado Rivadeneira, “Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, agosto-diciembre de 2006, Valencia, 2006, p. 2.

14 Ambos instrumentos fueron ratificados por Decreto Ejecutivo Nro. 37 publicado en el Registro Oficial Nro. 101 de 24 de enero de 1969.

15 La Convención fue ratificada por Decreto Supremo Nro. 1883, publicado en el Registro Oficial Nro. 452 de 27 de octubre de 1977.

16 Héctor Fix Zamudio, “El derecho internacional de los derechos humano en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 142.

Finalmente, cabe referirse al derecho internacional económico, el cual puede ser entendido como “[...] el ordenamiento jurídico internacional que tiene por objeto las reglas acordadas por los gobiernos del mundo para regular el tráfico comercial y financiero [...]”.¹⁷ Básicamente el derecho internacional económico surge por la necesidad de regular las relaciones comerciales que se desarrollaban en el ámbito internacional cuya complejidad, caracteres y partícipes escapaban a los ámbitos de regulación de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Actualmente esta rama del derecho internacional está compuesta por una vasta gama de instrumentos internacionales que regulan los diversos ámbitos de las relaciones comerciales internacionales, como por ejemplo acuerdos sobre comercio, navegación, transporte de mercancías, régimen económico en las relaciones mutuas de los estados, sus naturales y las personas jurídicas; incluso se han establecido principios fundamentales para el comercio internacional como el de la nación más favorecida, trato nacional preferencial, no discriminación, beneficio mutuo, entre otros.

La importancia del derecho internacional económico es tal que hoy en día existen organismos internacionales cuyo objetivo es precisamente la emisión de una serie de recomendaciones que los estados deben observar en el tráfico internacional de mercaderías entre los que destacan la Organización Mundial del Comercio, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Centro de Comercio Internacional, entre otras.

¹⁷ Gustavo Rivera Sibaja, “Las reglas de la globalización: el Derecho Económico Internacional”, en *Revista de Ciencias Jurídicas Latindex*, Nro. 117, San José, Universidad de Costa Rica UCR, septiembre-diciembre 2008, pp. 50 y 51.

Estos son solo algunos ejemplos de los regímenes normativos en que ha devenido el derecho internacional. Precisamente por los rasgos específicos que tiene esta rama del derecho es que se vuelve imperioso analizar la manera en que tanto éste derecho como el doméstico se interrelacionan.

2.- La relación entre el derecho interno y el derecho internacional

La inquietud respecto a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional solía ocupar un lugar preponderante en las discusiones teóricas, dando lugar a diversas soluciones que pueden sintetizarse en dos: la aportada por la teoría dualista o pluralista¹⁸ y la propuesta por la teoría monista.

La teoría dualista o pluralista encuentra su fundamento en la obra de Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Derecho internacional y Derecho Interno), de 1899, acogida posteriormente por Anzilotti.¹⁹ Esta teoría considera que no existe, o no debe existir, una relación entre derecho interno y derecho internacional, ya que éstos son ordenamientos jurídicos distintos, separados y autónomos.²⁰ Según Roa Ortiz, la diferenciación de los derechos que postula la teoría dualista tiene dos consecuencias importantes:

Por virtud de sus diferencias, las consecuencias prácticas son dos, ambas de capital importancia: si se trata de dos órdenes normativos distintos, las normas emanadas del derecho internacional no pueden ser directamente aplicables en los ordenamientos internos, pues sólo vinculan a los Estados en sus relaciones mutuas. La segunda consecuencia es que

18 Según Fabián Novak y Luis García – Corrochano “[...] es más exacto denominar esta doctrina como pluralista, en tanto hace convivir al Derecho internacional con tantos ordenamientos jurídicos, como Estados existen”. Véase Fabián Novak Talavera y Luis García – Corrochano Moyano, *Derecho internacional público*, op. cit., p. 540. También Adolfo Miaja de la Muela, *Introducción al Derecho internacional público*, Madrid, Atlas, 1970, pp. 223-230.

19 Fabián Novak Talavera y Luis García – Corrochano Moyano, *Derecho internacional público*, op. cit., pp. 540 y 541.

20 Emmanuel Roa Ortiz, “Tratados Internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta...”, op. cit., p. 179.

la norma internacional sólo será aplicable en el derecho interno si hay un previo acto de “incorporación” de aquélla a éste último mediante la voluntad expresa del legislador nacional.²¹

Efectivamente, conforme la teoría dualista, las normas emanadas del derecho internacional no podrían ser consideradas parte del derecho interno, por lo tanto, requieren de una herramienta²² que permita su aplicación en el ámbito nacional, de un mecanismo de incorporación de la norma internacional al derecho doméstico. Si no existe esta especie de “puente” entre el derecho internacional y el derecho interno, el primero no podría invocarse en sede nacional ya que no forma parte de él.

La tesis monista, que tiene como representantes más destacados a Kelsen y Wenzel de la Escuela de Viena²³, en cambio, postula la unidad del ordenamiento jurídico: el internacional y el interno. Plantea la coexistencia de ambos derechos en un mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, esa interrelación no ha sido entendida como una igualdad jerárquica de ambos derechos, diferenciándose en dos posiciones doctrinarias. Por un lado, la postura monista con primacía del derecho interno, y por otro la corriente monista con primacía del derecho internacional. La primera ha sido defendida por Wenzel, Kauffman y Zorn en Alemania, y Decenciere – Ferrandiere en Francia.²⁴ Según esta

21 *Ibíd*em, pp. 179 y 180.

22 Antonio Remiro Brotóns considera que, conforme la teoría dualista, se exige la *transformación* de las normas internacionales en normas internas para que sea posible su aplicación doméstica. Al respecto véase, Antonio Remiro Brotóns, y otros, *Derecho internacional*, op. cit., p. 78.

23 La Escuela de Viena se utilizó para denominar a un grupo de juristas destacados que se reunieron con el fin de hacer del Derecho una verdadera ciencia, construyendo sus postulados sobre bases científicas. Al respecto véase Rolando Tamayo y Salmorán, “Hans Kelsen – In Memoriam”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 2005, p.200.

24 Fabián Novak Talavera y Luis García – Corrochano Moyano, *Derecho internacional público*, op. cit., p. 546.

tendencia, la unidad de la que se habla debe comprenderse como una incorporación de la normativa internacional al ordenamiento interno, ya que este es el que prima.

Por otro lado, los teóricos de la línea monista con primacía del derecho internacional, entre ellos, Hans Kelsen y George Scelle,²⁵ defienden la supremacía de éste sobre el derecho interno, el cual debe ajustar su contenido al primero.

Aunque las teorías monista y dualista aportan interesantes visiones para comprender la relación existente entre el derecho interno y el derecho internacional, se considera que una postura ecléctica que combine los postulados de ambas teorías sería la más acertada ya que permite evitar la incoherencia que provocaría la vigencia de unas reglas en el ámbito internacional y de otras en el interno, causando confusión y probablemente la inobservancia de las normas para los sujetos a quienes regula; así como incorporar en el ordenamiento interno una serie de normas que podrían atentar con la realidad particular de cada estado.

El hecho de considerar al ordenamiento jurídico como un todo permite pues tener una visión más completa de los requerimientos sociales que deben ser regulados y de su trascendencia interna así como de las fronteras hacia afuera. De ahí que la mayoría de estados han optado por plasmar en su normativa una concepción integral, que modera las posiciones doctrinarias anteriormente descritas y admite una relación entre derecho interno y derecho internacional que no está libre de inconvenientes que se han tratado de resolver de diversas maneras dependiendo de cada país.²⁶ Es por ello que el verdadero interés está

25 Luis Legaz y Lacambra, “La primacía del Derecho de Gentes sobre el Derecho Interno como problema jurídico y político”, en *Revista de Política Internacional*, N° 152, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1977, p. 13, 04.05.2011, en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/13/RPI_152_007.pdf.

26 Por ejemplo en el caso de Bolivia en cuanto a la consideración de la normativa internacional como parte de su ordenamiento jurídico interno el artículo 257 de la Constitución expresa: “I. Los tratados

en establecer cómo los estados han acogido las propuestas y han plasmado las mismas en sus leyes.

Con el fin de aclarar el panorama y entender qué es lo que motiva a varios países para dotar a la Constitución de mayor fuerza jurídica que a los tratados internacionales, a continuación se analizará lo relativo a la supremacía constitucional.

III.- LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El antecedente más relevante de la consideración de la Constitución como norma suprema puede situarse en el siglo XIX, concretamente en el texto de la sentencia del 24 de febrero de 1803, emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, cuyo Presidente era el juez Jhon Marshall, en el caso *Marbury vs. Madison*.

internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley”. Adicionalmente el artículo 410 contempla el carácter supremo de la Constitución, señalando el orden de aplicación de las normas de la siguiente manera: Constitución; tratados internacionales, y demás normativa vigente. De todo lo expuesto anteriormente se puede concluir que Bolivia sigue la tradición monista con primacía del derecho interno (Constitución). La normativa colombiana no establece con claridad cómo se da la interacción entre el derecho interno y el Derecho internacional. Lo que sí está claro es la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma que integra el sistema jurídico, tal como lo consagra su artículo 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. La Constitución de Perú señala de forma expresa en el artículo 55 que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Queda claro que su sistema se apega a la teoría monista. A pesar de ello, existe confusión respecto a la supremacía del derecho interno o el internacional ya que la Constitución presenta normas ambiguas y hasta cierto punto contradictorias. El artículo 51 de la Norma Suprema establece: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...]”. Con lo cual no esclarece la jerarquía de los tratados internacionales. En el caso de Venezuela, la Constitución tiene una manera particular de regular lo relativo a los tratados internacionales. Cuando opta por considerar a la normativa internacional parte de su ordenamiento jurídico interno, no se refiere a los tratados internacionales en general, sino específicamente a los que versen sobre derechos humanos y a las normas emanadas de procesos de integración. Lo primero consta en su artículo 23 que establece: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno [...]”. Por su lado el artículo 153, inciso final señala: “[...] Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”. Por otro lado, tampoco regula de manera expresa la jerarquía de normas que integran el ordenamiento jurídico venezolano, a excepción de la Constitución cuya supremacía está garantizada en el artículo 7: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”.

Si bien la sentencia resuelve cuestiones inherentes a la entrega del nombramiento como juez de paz a William Marbury, también se cuestiona sobre la petición de este, quien había solicitado en su demanda que la Corte Suprema emitiera un *mandamus* para obligar al Gobierno a hacerle llegar su nombramiento.

La parte medular de la sentencia surge cuando Jhon Marshall pretende resolver sobre la constitucionalidad de la ley que otorga la facultad a la Corte Suprema de expedir un *mandamus*. Luego de afirmar su inconstitucionalidad, Marshall se cuestiona sobre las implicancias de la existencia de una ley contraria a la Constitución, y la primacía de la primera o la segunda. Al respecto afirma:

Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. [...] Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial. ...los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, (luego) entonces la Constitución y no la tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.²⁷

Con ello, la sentencia deja sentado el principio de la supremacía de la Constitución. En palabras de Marshall la sentencia “[...] trata sobre todo del lugar de la Constitución frente a la ley y, por vía de consecuencia, frente al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución se impone en caso de que haya contradicciones entre su contenido y cualquier

27 Corte Suprema de los Estados Unidos, “Sentencia Marbury vs. Madison”, en Miguel Carbonell, *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional*, op. cit., pp. 7 y 8.

otra norma jurídica”.²⁸ Ello es así porque la Constitución se erige como un producto concertado por las personas que integran el estado y que acuerdan voluntariamente someterse a sus postulados, como una verdadera norma cuyo contenido trasciende meros postulados políticos y exige ser cumplida y aplicada directamente, incluso sobre normas cuyo contenido vulnere o contradiga lo contemplado en su texto.

1.- Concepto de supremacía constitucional.-

La supremacía de la Constitución implica que toda actuación de los poderes públicos, de las distintas funciones del Estado, plasmadas en leyes, resoluciones, sentencias, actos administrativos, etc., incluso los actos de los particulares, deben guardar coherencia con lo establecido en ella. La adecuación de la normativa de menor jerarquía a la Norma Suprema constituye un presupuesto básico para el cumplimiento eficaz de lo consagrado en su texto.

Dado que la Constitución es un documento normativo que emana del pueblo soberano, que *decide organizar su sociedad en un Estado y para ello dicta su Constitución*,²⁹ lo dispuesto en su texto debe ser respetado y obedecido por todos los sujetos a quienes obliga. Los valores, principios y reglas que contiene la Constitución representan los pilares fundamentales en base a los cuales se construye el Estado, se organiza el poder estatal, se establecen los derechos de las personas y las garantías para su cumplimiento, se fijan los límites de actuación del poder público, en fin, se condensa en un texto todo lo que el Estado es y se espera que sea.

28 *Ibíd*em, p. 13.

29 Rafael Oyarte Martínez, “La Supremacía Constitucional”, en Tribunal Constitucional, comp. *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1999, p. 75.

Por lo tanto, cuando se afirma que la Constitución es la norma suprema, se quiere decir que, por la importancia fundamental de su contenido, ninguna otra norma del ordenamiento jurídico puede vulnerar sus postulados.

Sin embargo, la supremacía constitucional no puede constituir un principio carente de aplicación. Lo que realmente cuenta es que lo consagrado en su texto se cumpla efectivamente. Para ello es necesario un mecanismo que vele por la aplicación de sus postulados, que impida que el ejercicio del poder público vulnere lo dispuesto en la Constitución. Ese mecanismo lo constituye el denominado *control constitucional*.

En efecto, “el principio de supremacía constitucional sería una mera especulación académica, sin trascendencia en el amparo concreto de la libertad, si no existiera un control de constitucionalidad de las normas y actos presuntamente inconstitucionales”.³⁰

El control constitucional se constituye pues en un mecanismo básico del Estado constitucional.

IV.- EL CONTROL CONSTITUCIONAL

1.- Concepto.-

El control constitucional consiste en una revisión de las normas jurídicas, actos administrativos, y en general de todos los “[...] productos objetivados de la voluntad de los

30 Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Mar de Plata, 1993, p. 138, citado por Juan Carlos Dueñas Muñoz, “Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución política del Estado de la República de Bolivia”, en Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano, CIEDLA, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 411.

órganos u oficios públicos”³¹ de un estado, para comprobar que su contenido guarde coherencia con lo establecido en la Constitución.

La figura del control constitucional tiene gran importancia para el cumplimiento eficaz de la Norma Suprema. Tal como lo afirma Manuel Aragón Reyes:

Efectivamente el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice”, en expresión, bien conocida de Hesse; o, dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico.³²

El control constitucional, constituye, pues, un requerimiento necesario para velar por el respeto a la Constitución como norma suprema, con la cual deben estar acorde todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, a pesar de que existe una especie de consenso internacional respecto de la importancia del control constitucional, esta figura ha sido objeto de interesantes clasificaciones: según los agentes que lo ejercen, los objetos sobre los cuales recae, la oportunidad de su ejercicio, la modalidad de control, entre otros.³³

Asimismo, respecto de la oportunidad de ejercer el control constitucional, se establecen dos maneras de hacerlo: de forma posterior a la vigencia de la norma, o control *a posteriori* de constitucionalidad; o con anterioridad a la entrada en vigor de la norma en cuestión, es decir, un control *a priori*. Éstas son precisamente las modalidades de control

31 Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 72.

32 *Ibíd.*, p. 15.

33 *Ibíd.*, p. 57.

que recaen sobre tratados internacionales, ya que al formar parte de la normativa vigente en un Estado, es necesario su sometimiento al control constitucional. Postura que no siempre ha sido tan clara ya que anteriormente los tratados internacionales eran concebidos como una instrumento normativo que no incumbía al derecho interno de los estados, se consideraban normas de estricto carácter internacional cuyo contenido abarcaba solamente a los estados como los únicos sujetos de derecho internacional.

2.- La noción de tratado internacional y su control constitucional

Actualmente, en el ámbito internacional son diversas las maneras en las que los sujetos de derecho internacional interactúan.³⁴ La evolución de la integración y la cooperación ha llevado a la existencia de una serie de postulados normativos que propenden a la regulación de las relaciones que se conforman entre los sujetos de derecho internacional. Así, tenemos, por mencionar algunos, los acuerdos de integración, acuerdos de cooperación, resoluciones de organismos internacionales entre otros instrumentos.

El control constitucional como mecanismo de protección de la supremacía constitucional no recae sobre todos los documentos en los que se plasma la normativa internacional. Debido a la gran cantidad de escritos normativos internacionales y a las

34 En este punto es importante considerar las distintas dinámicas de interacción de los sujetos del ámbito internacional. La *cooperación internacional*, implica el concurso de dos o más Estados, sin la limitación parcial o transferencia de su soberanía, para llevar adelante un conjunto de acciones tendientes a la obtención de beneficios mutuos de índole económica, social, cultural o política. La *integración*, en cambio, es un proceso que tiene como fin, en el marco del Derecho internacional, el establecimiento de esquemas, planes, instituciones y atribuciones de órganos supranacionales a los cuales los Estados han decidido ceder su soberanía. La integración es un proceso que puede presentar diversos esquemas que van a depender de los compromisos que los Estados están dispuestos a aceptar en pro de cumplir los objetivos que les motivaron a integrarse en primera instancia. Ahora bien, los procesos de integración pueden derivar en la generación de normativa jurídica por parte de los entes supranacionales creados en virtud del acuerdo de integración. Esa normativa es de aplicación directa e inmediata, y goza de primacía sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. A ese conjunto de regulaciones que emanan de los órganos supranacionales se le denomina *Derecho Comunitario*.

distintas formas en las que se originan, las legislaciones se han ocupado principalmente de aquel cuyo texto es el resultado de las voluntades concordantes de los estados: los tratados internacionales.

La importancia de los tratados internacionales ha llevado a la elaboración de diversos instrumentos en los que se regulan aspectos relacionados a su formación. El principal ejemplo lo constituye la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁵, aprobada el 22 de mayo de 1969 y que entró en vigor el 27 de enero de 1980.³⁶

Uno de los aportes importantes de la Convención es la definición de *tratado*, que consta en el artículo dos del texto, que en el literal a) señala: “[...] se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular [...]”.

La definición transcrita anteriormente es una de las tantas³⁷ que se han construido para conceptualizar lo que debe entenderse por *tratado* en el ámbito internacional, que da

35 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue adoptada en una Conferencia Internacional convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que se llevó a cabo en dos períodos, uno en 1968 y otro en 1969, en la ciudad de Viena, Austria, a fin de discutir el proyecto de Convención sobre el Derecho de los Tratados elaborada por la Comisión de Derecho Internacional.

36 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue ratificada por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo N° 619, publicado en el Registro Oficial N°134 de 28 de julio del 2003. El texto de la Convención fue publicado posteriormente en el Registro Oficial N° 6 del 28 de abril del 2005.

37 Novak Talavera y García-Corrochano Moyano citan a diversos autores y sus definiciones, así para Kelsen un tratado es un convenio normalmente celebrado entre dos o más Estados bajo el derecho internacional general destinado a establecer obligaciones y derechos mutuos cuya fuente de origen es la autonomía de la voluntad. Schawarzenberger afirma que los tratados son “acuerdos entre sujetos del derecho internacional creadores de obligaciones vinculantes en Derecho internacional”. Por su lado Verdross y Sima conciben el tratado como un “acuerdo de voluntades expreso o negociado definitivamente, conforme al derecho internacional, entre dos o más estados u otros sujetos del derecho internacional, por el cual éstos se obligan a determinadas prestaciones, abstenciones o servicios, unilaterales o sinalagmáticos, iguales o diferentes por una vez o repetidamente”. Reuter lo define así “un tratado es una manifestación de voluntades concordantes imputables a dos o varios sujetos de derecho internacional y destinada a producir efectos de derecho según las reglas del derecho internacional”. Al respecto véase Fabián Novak Talavera y Luis García - Corrochano Moyano, *Derecho internacional Público*, op. Cit., pp. 131 y 132.

cuenta de la perspectiva de ese entonces conforme la cual los estados eran considerados los únicos o los principales sujetos de derecho internacional. Actualmente, con el impactante desarrollo que han tenido las relaciones internacionales, se consideran como sujetos de derecho internacional además de los estados a las organizaciones internacionales, las empresas transnacionales, las personas, las comunidades, pueblos y nacionalidades, entre otros. Por lo que la definición que contiene la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe entenderse a la luz de los acontecimientos que rodearon su elaboración.

Uno de los autores que se ha ocupado de definir lo que se entiende por tratado internacional es Antonio Remiro Brotóns, quien afirma que se trata de “un acuerdo escrito entre dos o más sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos entre las partes según las normas del derecho internacional, sea cual sea la denominación que reciba”.³⁸

Por su parte, Fabián Novak y Luis García-Corrochano conceptualizan al *tratado* como “el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional, con capacidad para concertarlo, celebrado en forma verbal o escrita, regida por el derecho internacional y destinada a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones de este ordenamiento”.³⁹

Ambas definiciones acogen lo manifestado anteriormente respecto a que el tratado puede ser celebrado no únicamente entre estados, sino entre éstos y los demás sujetos de derecho internacional, ajustándose al contexto internacional actual. Postura que se

38 Antonio Remiro Brotóns y otros, *Derecho internacional*, op. cit., p. 318.

39 Fabián Novak Talavera y Luis García - Corrochano Moyano, *Derecho internacional Público*, op. cit., p. 133.

considera correcta, sin embargo, a efectos de limitar lo suficiente el alcance del concepto de tratado internacional que se le va a dar en este estudio y de guardar coherencia con lo contemplado en la normativa estatal, se estará a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Así, acogiendo la misma es necesario distinguir diversos elementos de modo que se comprenda a cabalidad las implicancias del concepto.

El primer elemento que se debe considerar es que el *tratado* es un acuerdo, es decir que para que exista debe haber una concordancia, un consenso de voluntades de los sujetos de derecho internacional. Lo cual excluye a los instrumentos unilaterales que no requieren aceptación ni acuerdo por la otra parte.⁴⁰

Conforme la Convención de Viena la definición de tratado solo se refiere a aquellos instrumentos celebrados entre estados, excluyendo a los demás sujetos de derecho internacional. Por lo tanto, los instrumentos celebrados entre las organizaciones internacionales y entre éstas y los Estados no están comprendidos en el concepto formulado por la Convención.⁴¹

40 *Ibíd.*, p. 133; y, Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional*, op. cit., p. 318. En este punto se considera oportuno referirse a los instrumentos internacionales que derivan de las organizaciones internacionales. Teniendo en cuenta el hecho de que actualmente existe una diversidad de organizaciones internacionales cuya misión consiste en concertar la voluntad de los Estados en un asunto determinado y producir instrumentos internacionales (declaraciones, convenciones, convenios) de obligatorio cumplimiento para los Estados que forman parte de esa organización, cabe aclarar que el concepto de tratado al que se hace referencia en este estudio, excluye precisamente este conglomerado de instrumentos internacionales derivativos, partiendo de la afirmación de que el control constitucional recayó sobre el tratado internacional por el que el Estado en cuestión decidió formar parte de esa organización internacional, por lo que se entiende que toda norma que se desprende de la actividad de ese ente internacional ya no requiere de un control constitucional, pues ha sido tácitamente aprobado por el Estado.

41 El instrumento internacional que se ocupa de los instrumentos internacionales celebrados entre las organizaciones internacionales y entre éstas y los Estados es la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados y las organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986.

Otro punto a considerar es la forma en la que deben celebrarse. Si bien el concepto que plantea la Convención no se refiere de manera expresa a que deben figurar por escrito, cuando señala “ya consten en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos” está determinando la necesidad de que esas voluntades concordantes de los estados sean plasmadas en un documento. Por lo tanto se excluyen los acuerdos verbales⁴².

El siguiente elemento que corresponde analizar es que el *tratado* debe regirse a las normas que componen el derecho internacional. Un *tratado* está sometido al derecho internacional “cuando resulten aplicables al caso las normas jurídicas específicas que constituyen e integran el Derecho Internacional General”⁴³. Es decir, no se aplica este concepto a aquellos documentos que se rigen por normas particulares de las organizaciones internacionales u otras similares.

Finalmente, la Convención de Viena otorga la calidad de tratado a todo documento que cumpla con las características descritas anteriormente *cualquiera sea su denominación*. Ello quiere decir que la designación que los estados partes quieran dar al instrumento es irrelevante y será un tratado siempre y cuando sea celebrado entre estados cuyas voluntades sean acordes, conforme el derecho internacional, y conste por escrito. Ello es importante ya que en la práctica existen diversidad de documentos que cumpliendo con los rasgos descritos anteriormente no son denominados tratados, como ocurre por ejemplo con los convenios, convenciones, pactos, protocolos, estatutos, concordatos, etc.⁴⁴

42 Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional*, op. cit., p. 318.

43 Fabián Novak Talavera y Luis García - Corrochano Moyano, *Derecho internacional Público*, op. cit., p. 141.

44 Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional*, op. cit., p. 323.

El tema puede parecer simple bajo la óptica del derecho internacional, sin embargo cuando se trata de identificar el objeto del control constitucional, la denominación de los instrumentos internacionales se vuelve relevante por cuanto la utilización, por la Norma Suprema, de una u otra denominación, podría dejar fuera del objeto del control a diversos documentos que a la luz de la Convención sí son tratados internacionales.

Una vez que se ha definido claramente el alcance de la noción de tratado internacional como objeto de control constitucional, cabe entrar directamente al análisis de las distintas formas en las que se puede ejercer este control, centrando el estudio en el control constitucional posterior por un lado, y en el control constitucional previo por otro, sus conceptos y conveniencia de su aplicación.

A.- El control constitucional posterior

El control constitucional posterior, llamado también represivo, *a posteriori*, o sucesivo, sirve para denominar al control constitucional ejercido de manera ulterior a la entrada en vigor de la norma en cuestión. En el caso de los tratados internacionales en general, este control cabría luego de su entrada en vigencia e integración al ordenamiento jurídico.⁴⁵

Lo que se pretende con este tipo de control constitucional es que la norma que ha sido considerada inconstitucional pierda su vigencia y sea expulsada del ordenamiento

45 Respecto al proceso de formación de tratados internacionales, en él se pueden distinguir varias etapas que presentan diversas fases. Las etapas son: a) Etapa de formación del tratado, que presenta las fases de: negociación, adopción del texto y autenticación del mismo; b) Etapa de manifestación del consentimiento que puede darse de diversas formas simplificada, compleja, intermedia y otras; c) Etapa de entrada en vigor; y d) Etapa de registro y publicación. El control constitucional posterior cabría en la etapa de entrada en vigor, es decir una vez que el tratado tiene eficacia jurídica plena y se vuelve obligatorio para los Estados parte. Éstas cuestiones que serán abordadas a mayor profundidad en el capítulo siguiente. Al respecto véase Fabián Novak Talavera y Luis García - Corrochano Moyano, *Derecho internacional Público*, op. cit., pp. 158 y ss.

jurídico, pues en él no deben existir normas que infrinjan preceptos constitucionales ya que se estaría vulnerando el principio de supremacía constitucional.⁴⁶

En el ámbito del derecho internacional, ya sea que se haya optado por un control constitucional jurisdiccional o político, difuso o concentrado, la revisión de los tratados internacionales de manera posterior a su entrada en vigencia en el Estado, trae consigo varios inconvenientes analizados ampliamente por la doctrina.

En primer lugar, cabe referirse a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este convenio consagra en el artículo 26 el principio *pacta sunt servanda*, que implica que los tratados deben ser cumplidos de buena fe. Consecuentemente con ello, el artículo 27 impone la imposibilidad para los estados de invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Y ello es así porque es necesario precautelar la vigencia de los instrumentos internacionales y la seguridad jurídica internacional.

Si se habilita el control posterior de tratados internacionales, se corre el riesgo de declarar la inconstitucionalidad de alguno de estos instrumentos y la consiguiente inaplicabilidad de los mismos. Además, ello “[...] no supondría respetar los principios generales del derecho de las naciones civilizadas y, [...] propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional del país en cuestión”.⁴⁷ Sin contar con la violación de los principios consagrados en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, pues para terminar un tratado internacional se requiere observar lo dispuesto en su texto o la voluntad de las partes, caso contrario se regirá por lo

46 Rafael Oyarte Martínez, *La Supremacía Constitucional*, op. cit., p. 86.

47 Víctor Bazán, *La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios...*, op. cit., pp. 111 y 112.

contemplado a partir del artículo 54 *ibídem* que establece diversos mecanismos que permiten al Estado dejar de cumplir tratados que le perjudican: la terminación, denuncia, el retiro, la suspensión, etc.

Existe la posición doctrinaria que sostiene que si bien las disposiciones de los artículos 26 y 27 obligan a los Estados, la propia Convención de Viena admite una excepción a estas normas, consagrada en el artículo 46 del mismo instrumento, que señala como causal de nulidad de un tratado internacional “la manifestación de obligarse hecha en violación a una disposición interna concerniente a la competencia para celebrar tratados (*treaty-making power*). Para que dicha causal pueda válidamente invocarse, se requiere que sea objetivamente evidente para cualquier Estado y que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.⁴⁸

Sin embargo, esta afirmación se refiere únicamente a los casos en los cuales exista una violación a una disposición de derecho interno referente al consentimiento y competencia del Estado para obligarse en virtud de un instrumento internacional. Dicha violación debe además cumplir dos requisitos: ser manifiesta y afectar a una norma fundamental de derecho interno.⁴⁹ Por lo tanto, este artículo regula una situación excepcional que no puede considerarse de ninguna manera la regla. En todos los demás casos en donde se declare la inconstitucionalidad de un tratado, ya sea de manera parcial o total, el órgano jurisdiccional competente no podrá declarar la nulidad del tratado, sino

48 Emmanuel Roa Ortiz, *Tratados Internacionales y control previo de constitucionalidad...*, op. cit., pp. 188 y 189.

49 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 46.

únicamente su inaplicabilidad, ya que la nulidad se admite únicamente para el caso contemplado en el artículo 42, descrito anteriormente.⁵⁰

Además del potencial incumplimiento de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que puede traer el control constitucional posterior, existen otros inconvenientes que merecen citarse.

Cuando un tratado internacional es declarado total o parcialmente inconstitucional, se generan una serie de problemas de índole político y jurídico para el Estado. En el ámbito internacional, el incumplimiento de obligaciones contraídas con otro sujeto de derecho internacional genera responsabilidad internacional que en algunos casos puede ser considerado ilícito internacional, sujeto a sanción por cortes internacionales, lo cual contribuye a deteriorar la imagen que el Estado posee en el ámbito internacional, lo cual es un problema serio, sobre todo si se considera que en la actualidad es casi imposible hablar de autosuficiencia de los estados.⁵¹

Por todas las razones anteriormente expuestas, se puede manifestar, al menos de manera provisional, que el control constitucional posterior no es el adecuado para regular la constitucionalidad de tratados internacionales. En todo caso, y según palabras de Víctor Bazán, en el ámbito de la celebración de tratados es necesario “[...] actuar con mesura y prudencia al momento de negociar, concluir, firmar, aprobar y ratificar los tratados y convenios internacionales, cuidando que las cláusulas de éstos no violen precepto constitucional alguno, en aras de preservar la *supremacía constitucional*”.⁵²

50 Víctor Bazán, *La tarea de control de constitucionalidad de los tratados...*, op. cit., p. 112.

51 Emmanuel Roa Ortiz, *Tratados Internacionales y control previo de constitucionalidad...*, op. cit., p. 189.

52 Víctor Bazán, *La tarea de control de constitucionalidad de los tratados...*, op. cit., p. 113.

B.- El control constitucional previo

El control preventivo, previo o *a priori* de constitucionalidad puede ser conceptualizado como aquella revisión, ejercida por un órgano competente, de los proyectos de ley o demás normas antes de su entrada en vigencia en un sistema jurídico.

El control previo de constitucionalidad encuentra sus orígenes en la doctrina francesa de 1799, como un control político, bajo la inspiración del jurista Sieyès. La atribución principal del Senado Constitucional, órgano encargado de ejercer el control previo, consistía en controlar el orden constitucional, vigilando que todos los poderes del Estado se sometieran a las disposiciones constitucionales y con la facultad de anular cualquier acto que implicase su violación.⁵³

Así, se entiende por control previo aquel que realiza el órgano competente antes de la entrada en vigencia de la norma. Es aquel que tiene lugar previamente a que la norma forme parte del ordenamiento jurídico y tenga carácter de obligatoria.⁵⁴ Es decir, el control previo será tal siempre y cuando se lo ejerza antes de la promulgación de la norma en cuestión y posterior publicación, o sea antes de que se disponga el cumplimiento de una norma y ésta sea conocida por todas las personas a quienes obliga mediante su publicación en el medio oficial creado para el efecto.

Es un tipo de control preventivo, cuya finalidad es la de evitar conflictos de constitucionalidad de las normas que van a regir en el ordenamiento jurídico, ya que si una norma es sometida a control constitucional antes de su entrada en vigor se evitará que

53 Aurora Basterra Díaz, *El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional*, p. 14, 28.11.10, en <http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/RecJur/Becarios/pdf/BASTERRA-DIAZ.pdf>.

54 *Ibíd.*, p. 12.

ingresen al ordenamiento jurídico normas que pudieran vulnera la Constitución y su condición de Norma Suprema.

En el ámbito de los tratados internacionales, el control previo de constitucionalidad puede ser entendido como “someter el proyecto de Tratado a revisión, antes del acto de su ratificación por parte del organismo constitucional competente”.⁵⁵

El control *a priori* de los tratados internacionales busca dos finalidades: la primera es la de preservar la supremacía de la Constitución, y la segunda evitar que estos instrumentos sean impugnados por inconstitucionales a pesar de haber sido ratificados; evitando de esta manera todas las consecuencias que podría acarrear para el Estado a nivel internacional, desarrolladas en párrafos anteriores.⁵⁶

Por otro lado, hay quienes sostienen que el control constitucional previo no es estrictamente jurídico sino político, ya que implica un tipo de “consulta” que se hace a la Corte Constitucional u otro órgano encargado de ejercer el control constitucional, acerca de la validez constitucional que tiene la norma recientemente aprobada, en un momento en que la polémica acerca de su conveniencia todavía está en discusión en la sociedad, por lo que se necesita dotarla de un valor normativo fuerte para evitar reacciones desfavorables una vez entre en vigencia.⁵⁷

55 Juan Carlos Muñoz Dueñas, *Constitución y relaciones internacionales...*, op. cit., p. 414.

56 Antonio Remiro Brotóns, y otros, *Derecho internacional*, Madrid, Mc-Graw-Hill, 1997, p. 243, citado por César Montaña Galarza, “Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado”, en Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano, CIEDLA, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2004*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 957.

57 Frank Moderne, citado por Juan Sebastián De Stefano, *El control de constitucionalidad*, op. cit., p. 2, 28.11.10. Véase también Sergio Verdugo, “Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador”, en *Revista Estudios Constitucionales* Vol. 8, Nro. 1, Santiago, 2010, 11.05.2011, disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718...script=sci.

Sin embargo, se considera que ello no es necesariamente así en todos los casos. En cuanto a los tratados internacionales, el control constitucional previo obedece más bien a la necesidad de preservar la supremacía de la Constitución, evitando que una norma que va a formar parte del ordenamiento jurídico vulnere sus postulados. Pero, además de ello, este tipo de control tiene relación con el sustento mismo del derecho internacional y el principio internacional *pacta sunt servanda*, por lo tanto, se ejerce este control con el objetivo de evitar que el Estado ratifique tratados internacionales que después no va a poder cumplir, evitando una posible responsabilidad internacional.

Con ello se evidencia, pues, que el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales no obedece meramente a razones políticas sino principalmente jurídicas.

Ahora bien, se considera prudente en este punto dejar sentado que el control constitucional previo no abarca a todos los tratados internacionales, pues existen ciertos instrumentos internacionales que por sus características especiales pueden ser celebrados por el Ejecutivo sin necesidad de un control constitucional *a priori*. Este tipo de tratados responden a características como la urgencia, poca complejidad y poca relevancia, que no requieren la aprobación por parte del órgano legislativo de un país.⁵⁸ Además que este tipo de tratados generalmente se “limitan a desarrollar estipulaciones ya pactadas en otro tratado para cuya validez el Parlamento ya ha dado su consentimiento constitucional”.⁵⁹

Al respecto, César Montaña Galarza afirma:

58 César Montaña Galarza, “La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta”, en Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano, CIEDLA, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 220.

59 *Ibidem*, p. 221.

[...] la facultad del ejecutivo de negociar, suscribir, aprobar y ratificar los tratados y convenios internacionales sin el concurso del Parlamento se refiere a lo que la doctrina del Derecho internacional público ha llamado *tratados ejecutivos*, que [...] no requieren de la aprobación del cuerpo legislativo de un país.⁶⁰

Conforme algunas posiciones doctrinarias, estos tratados ejecutivos podrían ser objeto más bien de un control constitucional *a posteriori*, es decir, una vez que entren a formar parte del ordenamiento jurídico interno, ya que “nada impide que un acuerdo en forma simplificada, que es válido desde el punto de vista internacional, pueda *a posteriori* someterse a aprobación parlamentaria para ajustarse a los procedimientos constitucionales o reglamentos internos”.⁶¹

Sin embargo, Víctor Bazán afirma que respecto de los tratados internacionales que no están sometidos a un control previo obligatorio, o en los casos en los que este fuera facultativo, una vez que la norma internacional haya sido efectivamente integrada al ordenamiento jurídico interno del Estado, la facultad de ejercer un control posterior de constitucionalidad se entendería extinguida, quedando subsistente únicamente la posibilidad de efectuar la denuncia del tratado en caso de que viole la Constitución. Ello en virtud de la obligación de los estados de cumplir con los tratados que han convenido.⁶²

Postura que se comparte por cuanto si un estado ha optado por poner a funcionar todo el andamiaje jurídico nacional e internacional que supone la celebración de un tratado internacional, mal podría finalmente incumplirlo so pretexto de vulneración de su normativa interna, ante tal hecho corresponde al estado hacer uso de las diversas

60 *Ibíd.*, p. 220.

61 Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho de los tratados*, Segunda Edición, Bogotá, Leyer, 1995, p. 59.

62 Víctor Bazán, “La tarea de control de constitucionalidad...”, *op. cit.* p. 113.

herramientas que contempla el derecho internacional para esos casos y así dejar intacta su imagen y seriedad en el ámbito internacional.

Dejando de lado esta excepción al control constitucional *a priori*, cabe manifestar que este tipo de control es el que se ha considerado el más conveniente al momento de analizar la constitucionalidad de tratados internacionales. Ya que se trata de un control preventivo, lo que se pretende precisamente es prevenir que la normativa internacional menoscabe la constitucional, evitando con ello no sólo la vulneración de la Norma Suprema sino la posterior responsabilidad internacional del Estado.

Con el control constitucional previo se evitan todo tipo de incongruencias entre la Constitución y el documento internacional, coadyuvando al cumplimiento por parte del Estado tanto de la normativa interna como de la internacional.

Es por ello que el control previo de tratados internacionales se ha establecido como el mecanismo por excelencia para evitar la violación de normas constitucionales y de derecho internacional.

De las consideraciones expuestas anteriormente, se puede colegir que la dinámica de interacción entre la normativa internacional y el ordenamiento jurídico interno de los estados no está libre de inconvenientes. Al contrario, ello exige una regulación adecuada que permita, por un lado, proteger la supremacía constitucional como norma fundamental del derecho interno, y, por otro, no menoscabe los compromisos internacionales adquiridos por el estado. Es por ello que las soluciones que los estados adopten para aminorar los inconvenientes resultan fundamentales, pues de ello va a depender una aplicación eficaz de las normas nacionales e internacionales.

A pesar de la gran importancia del asunto, las constituciones del Ecuador no han mostrado un verdadero interés en el tema, adoptando regulaciones ambiguas, confusas e incongruentes. Precisamente, la manera en la que el Ecuador ha regulado la relación entre el derecho nacional y el internacional constituye el tema medular del capítulo siguiente, con lo cual se pretende aclarar el camino recorrido en ese ámbito.

CAPÍTULO II: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO EN EL ECUADOR

I.- Introducción:

El proceso de formación de los tratados internacionales supone la consideración de dos escenarios diferentes: el nacional y el internacional. En el plano internacional, la regulación al respecto, como se mencionó en el capítulo anterior, se encuentra plasmada fundamentalmente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁶³ En el ámbito nacional, cada Estado como ente soberano se ocupa de establecer las reglas que rigen el asunto de las funciones, órganos, competencias y autoridades que intervienen en el proceso de formación de los tratados internacionales. Pero además regula de manera privativa las distintas fases a las que los tratados internacionales deben ser sometidos antes de ser considerados normativa directamente aplicable en el ordenamiento jurídico del Estado.

En el caso del Ecuador, las principales disposiciones normativas que se ocupan del tema se encuentran plasmadas en la Constitución, convirtiendo a la Norma Suprema en un objeto de estudio fundamental para comprender cómo se ha regulado el proceso de formación de los tratados internacionales y, más específicamente, el ejercicio del control constitucional de esos instrumentos.

Con el fin de dar respuesta a la inquietud expuesta anteriormente, en el presente capítulo se realizará un análisis de la manera en que las constituciones ecuatorianas han regulado el proceso de formación de tratados internacionales, haciendo énfasis en la figura

⁶³ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su considerando séptimo establece que en ella se ha logrado la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados.

del control constitucional previo de los mismos. El análisis comprende los textos promulgados desde el año de 1945 a 1978 y sus reformas, señalando que el estudio de la Constitución de 1998 será objeto de un acápite aparte, y la del 2008 corresponde al capítulo III de este estudio.

II.- EL CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO DE TRATADOS INTERNACIONALES EN LAS CONSTITUCIONES DEL ECUADOR Y SUS REFORMAS.

Desde la declaración del Ecuador como Estado independiente se han emitido un total de diecinueve textos constitucionales y diversas reformas a los mismos. Cada uno de ellos constituye una referencia fundamental para comprender el entorno social nacional e internacional vigente en la época. El estudio de la figura del control constitucional de los tratados internacionales obliga, no únicamente a centrar la atención en los acontecimientos internos de los estados, sino a levantar la mirada a aquellos sucesos que marcaban el ritmo del desarrollo de la normativa internacional. Se trata pues de un análisis global de la realidad normativa interna y externa a un Estado.

El proceso de inserción del Ecuador en la sociedad internacional se ve muy influenciado por los sucesos más relevantes que tuvieron lugar en el siglo XIX. El fin de las guerras napoleónicas imprime en Europa un nuevo ordenamiento de su política. En primer término con el Congreso de Viena que tenía como objetivo el establecimiento de nuevas fronteras territoriales y la reorganización de la ideología política de la época; y en segundo término con la conformación de la Santa Alianza, que tuvo como objetivo el mantenimiento del *status quo* de Europa, fundamentándose en principios cristianos. Otro hecho que tuvo

relevancia en el contexto internacional se refiere a la política adoptada por Europa y los Estados Unidos ante el reconocimiento de los nuevos estados latinoamericanos. En el primer caso, los países europeos, por así decirlo, se oponían al reconocimiento de los nuevos estados, pues ello debilitaría el poderío ejercido a lo largo de Hispanoamérica. Sin embargo Estados Unidos mantuvo una posición neutral, hasta 1821 cuando se impuso la idea del reconocimiento de los nuevos estados latinoamericanos.⁶⁴ Ambos hechos marcaron el ritmo de la inserción internacional del Ecuador, ya que el reconocimiento del mismo como Estado soberano dependía de cuánto acogía para sí de la ideología política imperante en Europa y de la voluntad de esos estados y EEUU para reconocerlo como tal.

Para 1830, la estructura del gobierno del nuevo Estado ecuatoriano presenta una mezcla de instituciones de corte europeo y grancolombiano y su principal preocupación se centra en lograr su reconocimiento internacional. Es en el gobierno de Rocafuerte en el que el Estado empieza a consolidar su presencia en el exterior estableciendo misiones diplomáticas y consulados en los países latinoamericanos y en Europa.⁶⁵

El derecho internacional para el siglo XIX, era conocido como el Derecho de Gentes y no tenía otro fundamento “[...] que la razón o la equidad natural e imponía a las naciones como regla suprema, la inviolabilidad de los pactos”.⁶⁶ Por lo tanto las relaciones de amistad y comercio marcaban el ritmo de un derecho internacional incipiente, que pretendía imponer lineamientos a los estados que no trascendieran más allá de la mera negociación.

64 Pablo Núñez, *Relaciones internacionales del Ecuador en la Fundación de la República*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Abya-Yala, Corporación Editora Nacional, 2001, pp. 15 y 20.

65 *Ibíd.*, p. 40.

66 *Ibíd.*, p. 41.

Durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, el desarrollo del derecho internacional como tal era limitado. Aún no existía la necesidad, o más correctamente, los hechos que ocurrían en esos siglos no exigían la existencia de una normativa jurídica internacional. Más bien las relaciones internacionales estaban marcadas por instrumentos que buscaban implantar relaciones de amistad y comercio entre estados y solucionar conflictos políticos y territoriales que aún subsistían. Es a partir de la segunda mitad del siglo XX, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, que surge un verdadero interés por el derecho internacional como tal y la necesidad de contar con normativa transnacional de obligatorio cumplimiento que tenga como objetivo proteger los derechos fundamentales de las personas, además de evitar otro desastre mundial como el de la Segunda Guerra Mundial. De ahí que la creación de la Organización de las Naciones Unidas se sitúe recién en 1948 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no sea concebida sino hasta 1969.

En este contexto no debe sorprender que las relaciones internacionales del Estado ecuatoriano a lo largo del siglo XIX y parte del siglo XX se centraban en el establecimiento de relaciones comerciales, limítrofes y misiones diplomáticas y consulares, iniciando con los estados vecinos (Perú, Nueva Granada, Venezuela) y las principales potencias mundiales (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, España) y posteriormente en el resto de América y Europa.

Bajo estos considerandos y teniendo en mente el contexto histórico descrito anteriormente, es sencillo comprender por qué las constituciones ecuatorianas del siglo XIX

y primera mitad del siglo XX no presentan un desarrollo de la figura del control constitucional de los tratados internacionales, al contrario, este es bastante limitado.

Las Cartas Fundamentales de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906 y 1929, conforman el período histórico que, según Agustín Grijalva, se denomina de *soberanía parlamentaria*, caracterizada, entre otras cosas por “[...] la dispersión del control constitucional entre el Congreso, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia”⁶⁷, el reconocimiento más o menos formal de la supremacía constitucional, y la interpretación final y obligatoria de la Constitución en manos del Congreso Nacional.⁶⁸

Conforme estos supuestos, no debe sorprender que en el derecho constitucional ecuatoriano la regulación que contenían las constituciones emitidas desde 1830 a 1929 respecto del control constitucional y los tratados internacionales resulte insatisfactoria, ya que tanto el contexto histórico nacional como el internacional no exigían una verdadera consideración de lo que implica el mismo, peor respecto a la inclusión de los tratados internacionales como objeto de control.

Precisamente, en ninguno de los textos constitucionales que van desde el año 1830 a 1897 (constituciones de 1830, 1835, 1845, 1852, 1861, 1884 y 1897) se evidencia la existencia de un control constitucional de normas, peor aún de un órgano atribuido para ello, lo cual puede llevar a afirmar que en estos casos la supremacía constitucional, aunque reconocida, no estaba garantizada.

67 Agustín Grijalva Jiménez, “Constitucionalismo en Ecuador”, en *Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Tomo 5, Quito, Corte Constitucional para el período de transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011, p. 172.

68 *Ibidem*, pp. 172 y 173.

A pesar de lo manifestado, un indicio de un control constitucional previo se puede encontrar en la atribución otorgada a la Corte Suprema de Justicia para conocer un proyecto de ley objetado por el Ejecutivo por inconstitucional y dictaminar si es o no contrario a la Constitución. Con lo cual este organismo estaría ejerciendo un control constitucional previo de proyectos normativos, entre lo que no se encontraban los tratados internacionales. Tal sistema se encuentra en las constituciones de 1869, 1878 y 1929.⁶⁹

El desarrollo que el derecho internacional alcanzó a mitad del siglo XX va a sentar la necesidad de un control de la constitucionalidad de los instrumentos internacionales como el mecanismo idóneo para evitar la esquizofrenia que ocurriría si una norma del derecho internacional manda el cumplimiento de una conducta, y el derecho interno otra absolutamente contradictoria.

A pesar de la importancia de contar con un control constitucional de instrumentos internacionales, la normativa constitucional ecuatoriana de la época prestará poca atención

69 Al respecto, la **Constitución de 1869** en su artículo 43 afirma: “Si se reservare el proyecto por haber sido objetado, volverá a discutirse en la legislatura siguiente; y si la mayoría de ambas Cámaras volviere a aprobarlo como estaba, el Poder Ejecutivo lo sancionará necesariamente; pero si lo aprobaran con variaciones o modificaciones, se tendrá como nuevo proyecto, observándose los artículos precedentes. Si a pesar de la insistencia de ambas Cámaras, el Ejecutivo sostuviere que el proyecto es contrario a la Constitución, lo pasará a la Corte Suprema, la cual se limitará a declarar si es o no contrario. En el último caso se promulgará y tendrá fuerza de ley”. De manera concordante, el artículo 60 de la **Norma Suprema de 1878** establece: “Si el proyecto de ley fuere objetado como contrario a la Constitución, y las Cámaras Legislativas insistieren en el Poder Ejecutivo lo remitirá inmediatamente a la Corte Suprema de Justicia, para sólo el efecto de que declare si es o no contrario a la Constitución, y si se resolviere no serlo, se pondrá en ejecución en el acto”. El artículo 67 de la **Constitución de 1929** señala: “Cuando el Consejo de Estado, o el Poder Ejecutivo, o ambos conjuntamente consideraren inconstitucional un proyecto de Ley o Decreto, el Presidente de la República estará obligado a objetarlo y lo devolverá al Congreso con las respectivas objeciones razonadas. Si el Congreso las encontrare aceptables, lo archivará el proyecto; pero si no las aceptare, lo remitirá a la Corte Suprema, la que deberá emitir su dictamen dentro del plazo máximo de ocho días. Si también la Corte conceptuare inconstitucional el proyecto, el Congreso no podrá insistir. En caso contrario, se procederá de acuerdo con el trámite común prescrito en la Constitución”.

al asunto. Así, las constituciones de 1843, 1851, 1906 y 1929⁷⁰, contemplan la existencia de la Comisión Permanente, en el caso de la Norma Suprema de 1843, y del Consejo de Estado en los demás supuestos, como entidades que en términos generales tenían la facultad de velar por la observancia a la Constitución y las leyes, incitando a ello a la autoridad respectiva. Potestad que estaba lejos de ser efectiva pues el medio con el cual contaban para ejercer la atribución referida era la emisión de reclamos al Poder Ejecutivo y de informes al legislativo. Todo esto teniendo en cuenta, además, que sus pronunciamientos no eran obligatorios y carecían de la potestad de sancionar a quienes los incumplían.

En cuanto a los tratados internacionales, las constituciones descritas tampoco hacían mención alguna a los mismos como objetos de control. El silencio del constituyente una vez más denota la poca importancia que se le daba a este asunto en las constituciones ecuatorianas ya que el Ecuador no formaba parte activa de la sociedad internacional, no estaba inmerso en los problemas de la época, era un especie de *aldea* en la gran comunidad internacional.

70 El artículo 52 de la **Constitución de 1843** señala: “Son atribuciones de la Comisión permanente: 1. Velar sobre la observancia de la Constitución y de las Leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes, hasta por segunda vez; dando cuenta al Congreso en su próxima reunión”. El artículo 82 de la **Carta Magna de 1851** establece: “Corresponde al Consejo de Estado: 1. Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión”. La **Constitución de 1906**, en su artículo 98, numeral uno señala: “Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1. Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda”. Finalmente, la **Norma Suprema de 1929** en la disposición 117, numeral 1 afirma: “Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1. Velar por la observancia de la Constitución y de las leyes y, especialmente, de las garantías constitucionales, excitando para el efecto, en caso necesario, al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia o a cualquiera otra autoridad”.

Por su parte, las constituciones de la segunda mitad del siglo XX, bajo la influencia del Estado Social de Derecho, intentan establecer una estructura propia del sistema de control constitucional⁷¹, el mismo que no ha podido consolidarse sino hasta el año 2008, fecha de la entrada en vigor de una nueva constitución que establece claramente las normas que rigen la figura del control constitucional. Precisamente, al encontrar serias limitaciones en el análisis de la figura del control previo de constitucionalidad en las constituciones expedidas entre 1830 y 1929, el estudio de la figura se centrará en las Normas Supremas vigentes entre 1945 y 2008 y se lo hará a partir de cuatro puntos principales que ayudarán a orientar su situación respecto a los tratados internacionales. Estas cuestiones son: precisiones acerca de la recepción de la norma internacional en el derecho interno, el rol de las funciones ejecutiva y legislativa en el proceso de formación de tratados internacionales, referencia al tipo de control constitucional existente y el órgano encargado de ejercerlo, y la potestad de este para ejercer control de constitucionalidad sobre tratados internacionales.

1.- La recepción⁷² de la norma internacional en las Constituciones del Ecuador.

La actividad normativa de los estados está compuesta por dos ámbitos distintos: el interno y el internacional. En el capítulo anterior se habían expuesto las distintas soluciones planteadas por la doctrina para resolver el conflicto entre esos dos ordenamientos jurídicos. Pero más allá de las teorías existentes al respecto, es prudente manifestar que en el derecho

71 Hernán Salgado Pesantes, "El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador", en Comisión Andina de Juristas, *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 167.

72 En el presente trabajo, el término *recepción* debe ser entendido como "un proceso histórico por el cual una comunidad acepta libremente un sistema jurídico extraño (esto es, antiguo o extranjero) [...] una comunidad [...] asimila el derecho extraño en la medida que lo permite el derecho preexistente, de suerte que con tal situación, el derecho nacional entra en un proceso de transformación". Al respecto véase Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo VI, México D.F., Porrúa, 2002, pp. 49-51.

internacional, la postura ha sido clara al sostener la primacía de éste sobre el doméstico. Ejemplo de ello constituyen los artículos 27.⁷³ y 46⁷⁴ de la ya mencionada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conforme a los cuales un Estado no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el ámbito internacional so pretexto de violación de regulación interna, a menos que dicha violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental para su derecho interno.

Adicionalmente, en el ámbito jurisprudencial existen algunos fallos que confirman el principio de primacía del derecho internacional. En ese sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en la sentencia sobre el asunto de intercambio de poblaciones griegas y turcas, de 21 de febrero de 1925, señaló: “Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos”.⁷⁵

De manera concordante, la Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva de 26 de abril de 1988, acerca de la aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la Sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas, afirmó lo siguiente:

73 El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece: “1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. 2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado. 3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

74 Por su parte el numeral 1 del artículo 46 de la mencionada Convención señala: “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.

75 Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, N° 10, p. 20, citado por Julio González Campos y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, vol. I, Madrid, Civitas, 1998, p. 218.

[...] es un principio generalmente reconocido de Derecho Internacional que en las relaciones entre las potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre aquellas del tratado.⁷⁶

A pesar de la postura internacional, en el ámbito interno la cuestión no siempre es tan clara. Las Constituciones vigentes en el período 1945 - 1996 (1945, 1946, 1967, 1978 y sus reformas de 1984, 1993 y 1996)⁷⁷ no regulaban el asunto de manera clara y suficiente. Todas contemplan la primacía de la Constitución incorporando la referencia a los tratados internacionales como normas infra constitucionales⁷⁸. De ello se desprende que en caso de conflicto entre una norma de derecho interno y una disposición contenida en un acuerdo internacional, al menos a nivel estrictamente normativo, primaría la norma doméstica, con lo cual el Estado debía acudir a las diversas formas establecidas en la Convención de Viena

76 Corte Internacional de Justicia, Serie B, No. 17, *Applicability of the obligation to arbitrate under section 21 of the United Nations Headquarters, Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion of 26 April 1988, p. 32.

77 La Norma Suprema de 1945 entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial N°228 6 de marzo 1945. La Constitución de 1946 fue publicada en el Registro Oficial N°773 de 31 de diciembre de 1946. La Constitución Política de 1967 entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial N°133 de 25 de mayo de 1967. La publicación de la Carta Magna de 1978 consta en el Registro Oficial N°800 de 27 de marzo de 1979. Las reformas de 1984 a la Constitución de 1978 fueron codificadas y publicadas en el Registro Oficial N°763 de 12 de junio de 1984. Posteriormente se volvieron a codificar varias reformas a la Carta Magna de 1978 que fueron publicadas en el Registro Oficial N°183 de 5 de mayo de 1993. Nuevas reformas tuvieron lugar en el año de 1996, mismas que se publicaron en el Registro Oficial N°969 de 18 de junio de 1996. En cuanto a la Constitución Política de 1998 su análisis se ha previsto para el acápite siguiente de este mismo capítulo.

78 Confirmando lo manifestado la **Constitución de 1945**, artículo 163 contempla: “La Constitución es la Ley Suprema de la República. Por tanto no tienen valor las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones, pactos o tratados públicos que se opongan a ella o alteraren de cualquier modo sus prescripciones”. El **Norma Fundamental de 1946**, en su artículo 189 inciso primero señala: “La Constitución es la una norma jurídica de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las Leyes, Decretos, Reglamentos, Ordenanzas, Disposiciones, Pactos o Tratados Públicos que, de cualquier modo, estuvieran en contradicción con ella o se apartaren de su texto”. El artículo 257 de la **Carta Magna de 1967** afirma: “La Constitución es la suprema norma jurídica del Estado. Todas las demás deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, disposiciones y tratados públicos que, de cualquier modo, estuvieran en contradicción con ella”. Manteniendo lo afirmado anteriormente, la **Constitución de 1978** y sus reformas de **1984, 1993** y **1996** afirman la primacía constitucional sobre toda norma, incluidos tratados internacionales, que se opongan a la misma. Ello se constata en sus artículos 137, 137, 140 y 171 respectivamente.

para dejar de cumplir un tratado internacional que afecte sus intereses (denuncia, suspensión, terminación, etc.) y afrontar las consecuencias en el ámbito internacional, las cuales repercutían gravemente en desmedro de la confianza y el prestigio del Ecuador como sujeto de derecho internacional.

A pesar del lugar infra constitucional que ocupaban los tratados internacionales en estas Constituciones, existen algunas que contenían disposiciones que hacían referencia expresa a la normativa internacional que merecen ser analizadas.

La Constitución de 1945 contemplaba en el artículo 6 el cumplimiento de las normas internacionales en el Ecuador. Así, manifestaba:

La República del Ecuador acata las normas de Derecho Internacional y proclama el principio de cooperación y buena vecindad entre los Estados y la solución, por métodos jurídicos, de las controversias internacionales.

Con ello deja sentada la obligación del Estado ecuatoriano de acatar sus compromisos internacionales. Sin embargo, si se presta atención a lo descrito en el artículo 163 de la Norma Suprema de 1945, se pone en duda el alcance de la disposición citada anteriormente:

Art. 163.- La Constitución es la Ley Suprema de la República. Por tanto no tienen valor las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones, pactos o tratados públicos que se opongan a ella o alteraren de cualquier modo sus prescripciones.

Es por ello que, aunque inicialmente se podría afirmar que las normas internacionales eran de estricto cumplimiento en el Ecuador, si una de ellas contravenía lo

dispuesto en la Constitución, carecía de valor para el Estado ecuatoriano y no podía ser ejecutada.

Otro texto constitucional que merece atención es el del año 1967. El artículo 979 citaba los principios de derecho internacional, entre los que consideraba a éste como norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas. Es decir, la postura del Ecuador era la de cumplir con las disposiciones internacionales dentro de sus relaciones con los demás sujetos de Derecho Internacional, pero ¿incluso cuando esas normas contravenían con su derecho interno? La respuesta es negativa por cuanto la supremacía constitucional se encontraba respaldada en el artículo 257, que afirmaba la preeminencia de la Norma Suprema sobre todas las demás normas, incluidas las disposiciones y tratados públicos.

Finalmente, a efectos del presente estudio, cabe mencionar las reformas al texto constitucional de 1978, codificadas en el año 1996, mismas que en el artículo 94⁸⁰ afirmaban la consideraban a las normas contenidas en tratados y demás convenios

79 Constitución de 1967, artículo 9: “**Principios de Derecho Internacional.**- El Estado Ecuatoriano proclama la paz y la cooperación como sistema de convivencia internacional y la igualdad jurídica de los Estados; condena el uso o la amenaza de la fuerza como medio de solución de los conflictos, y repudia el despojo bélico como fuente de derecho. Propugna la solución de las controversias internacionales por métodos jurídicos y pacíficos, y declara que el Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas. Propugna también la comunidad internacional, así como la estabilidad y fortalecimiento de sus organismos, y dentro de ella, la integración iberoamericana, como sistema eficaz para alcanzar el desarrollo de la comunidad de pueblos unidos por vínculos de solidaridad, nacidos de la identidad de origen y cultura. El Ecuador podrá formar, con uno o más Estados, asociaciones para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios”.

80 El **artículo 94** de la reformas a la constitución de 1978, publicadas en el Registro Oficial N° 969 de 18 de junio de 1996, señala: “Las normas contenidas en los tratados y demás convenios internacionales que no se opongan a la Constitución y Leyes, luego de promulgados, forman parte del ordenamiento jurídico de la República”. De manera concordante, el **artículo 171** afirma: “La Constitución es la Ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deberán mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones”.

internacionales como parte integrante del ordenamiento jurídico interno, siempre y cuando no contravengan la Constitución ni las leyes.

Es decir, si bien se afirmaba de forma expresa la recepción automática de la normativa internacional, se requería que estas guardasen coherencia con el ordenamiento jurídico interno, con lo cual se reafirmaba la primacía de este derecho sobre el internacional. Sin embargo es de suponer que en la práctica, con el auge del derecho internacional que regía en la época, los compromisos internacionales seguían siendo observados por el Ecuador, aún cuando vulneraran su Constitución.

2.- El papel de las funciones ejecutiva y legislativa en el proceso de celebración de tratados internacionales

Una vez que se ha descrito la manera en la que las constituciones ecuatorianas regulaban la recepción de la normativa internacional, cabe hacer referencia a la segunda cuestión objeto de análisis en el presente capítulo consistente en el estudio del papel que cumplían las funciones ejecutiva y legislativa en el proceso de celebración de tratados internacionales.

Tradicionalmente las normas constitucionales suelen regular de manera muy sucinta lo relativo al proceso de formación de tratados internacionales en el ámbito interno, dedican solamente un par de artículos al asunto.

A pesar de la poca atención que las constituciones prestan al asunto, la celebración de un tratado internacional es un proceso complejo⁸¹ que está formado por distintas fases o etapas.

81 Cabe recalcar que, en la generalidad de los casos, la celebración de tratados internacionales obedece

El proceso de *celebración* de un instrumento internacional ha sido objeto de diversas conceptualizaciones. Así, David Villarroel Villarroel se refiere a la misma como “[...] una serie de actos diferenciados y sucesivos, de carácter tanto político como propiamente jurídico, llevados a cabo por distintos órganos del Estado y que conducen a la conclusión de un tratado internacional [...]”.⁸² Para Antonio Remiro Brotóns la celebración o formación de tratados alude al “[...] conjunto de actos mediante los cuales se concibe, gesta y nace un tratado internacional”.⁸³ En efecto, cuando se habla de la *celebración* de un tratado internacional, se hace referencia a diversos momentos que deben ser distinguidos a fin de esclarecer cuál es el rol de las diversas autoridades en todo este proceso.

Las etapas de este complejo proceso pueden dividirse en dos principales: la etapa inicial de formación del tratado y la etapa final de manifestación del consentimiento del Estado o sujeto de Derecho internacional.⁸⁴

efectivamente a un proceso largo y complejo de acuerdos entre los sujetos de Derecho Internacional. Aunque en la actualidad existen una serie de tratados internacionales simplificados, los cuales son adoptados en un solo momento, su proceso de formación tiene como antecedente un tratado internacional de formación compleja, el cual da paso a la celebración de otros tratados que siguen un proceso de formación simple, y no requieren de mayores negociaciones o acuerdos. Es por ello que de manera general se afirma la complejidad del proceso.

82 Darío Villarroel Villarroel, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México D.F., Ed. Porrúa, 2004, p. 8.

83 Antonio Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional*, op. cit., p. 351.

84 Al respecto cabe manifestar que la referencia a las etapas y no fases del proceso de celebración de los tratados internacionales obedece a que cada una de ellas engloba a su vez otros momentos de vital importancia que pudieran ser considerados como fases. Adicionalmente, se debe considerar que los autores Novak Talavera y García-Corrochano Moyano distinguen dos etapas más en este complejo proceso, la etapa de la entrada en vigor del tratado y su etapa de registro y publicación. Se ha considerado que ambas son parte de la etapa de manifestación del consentimiento del sujeto de Derecho Internacional por cuanto lo perfeccionan, coincidiendo con las posturas mantenidas por autores como David Villarroel Villarroel y Antonio Remiro Brotón. Véase, Fabián Novak Talavera y Luis García-Corrochano Moyano, *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 158 y ss. Antonio Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional*, op. cit., p. 351. Darío Villarroel Villarroel, *Derecho de los Tratados en las Constituciones de América*, op. cit., p. 4.

La primera etapa del proceso comprende diversas fases: negociación, adopción del texto y autenticación del mismo. La segunda se puede plasmar de varias formas, contempladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para manifestar el consentimiento: la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o cualquier otra forma que se haya pactado en el mismo.⁸⁵

Retomando el asunto de la regulación del proceso de formación de tratados internacionales *ad intra* corresponde referirse específicamente al papel de las funciones ejecutiva y legislativa en este largo proceso.

En relación con la función ejecutiva, las normas supremas se han ocupado de su regulación en un solo artículo, con un texto similar en casi todas las constituciones y con variaciones puntuales que se analizarán a continuación.

Con relación a las autoridades llamadas a participar en el proceso, se debe considerar que las constituciones ecuatorianas a partir de 1945 otorgan al Presidente de la República la potestad de dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados y ratificarlos previa aprobación del órgano de la función legislativa,⁸⁶ lo cual permite deducir

85 Al respecto, el numeral 1 del artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala: “1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”.

86 Al respecto la **Carta Magna de 1945** regula: “**Art. 65.-** Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: 4. Dirigir las negociaciones diplomáticas; celebrar tratados y demás convenciones internacionales que no se opongan a la Constitución; ratificarlos, previa aprobación del Congreso, y canjear las ratificaciones”. Igualmente la **Norma Fundamental de 1946** establece: “**Art. 92.-** Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: 7. Dirigir las relaciones internacionales y las negociaciones diplomáticas de la República; celebrar tratados y ratificarlos, previa aprobación del Congreso, y canjear las ratificaciones”. Así mismo, la **Constitución de 1967** señala: “**Art. 184.-** Deberes y Atribuciones.- Al Presidente de la República corresponden los siguientes deberes y atribuciones: 3 Dirigir

que la participación de las demás autoridades u órganos de la función ejecutiva requiere de un paso previo, propiamente una delegación sin la cual su actuación sería inconstitucional o requeriría de una confirmación por parte del Presidente de la República.

Otra cuestión aún de mayor importancia que es necesario analizar corresponde a los distintos términos que utilizan las constituciones para señalar la atribución del Presidente de la República.

Todas las constituciones del Ecuador utilizan la misma técnica jurídica para regular esta facultad, señalando que corresponde al Presidente de la República *celebrar* tratados internacionales y *ratificarlos* previa aprobación del órgano de la función legislativa.

Las constituciones del Ecuador utilizan el verbo “celebrar” para denotar todo aquello que le está facultado al Ejecutivo en relación con los tratados internacionales. Sin embargo, existe una confusión en la norma, ya que por un lado se le atribuye la *celebración* de un tratado y, por otro, su *ratificación*, como si se tratara de dos instancias distintas, cuando en realidad la *ratificación*⁸⁷ es una fase de la *celebración* de un tratado internacional.

las relaciones internacionales y las negociaciones diplomáticas; celebrar tratados y ratificarlos, previa aprobación del Senado en los casos requeridos; canjear las ratificaciones y denunciar los tratados vigentes, conforme a los convenios internacionales celebrados por el Estado”. Finalmente la **Norma Suprema de 1978** regula: “**Art. 78.-** Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: f) determinar la política exterior y dirigir las relaciones internacionales; celebrar tratados y demás convenios internacionales, de conformidad con la Constitución y leyes; ratificarlos previa aprobación de la Cámara Nacional de Representantes; canjear o depositar, en su caso las respectivas cartas de ratificación”; utilizándose el mismo texto en sus posteriores reformas de 1984, 1993 y 1996, artículos 78, 79 y 103 respectivamente.

87 La ratificación es una de las formas en las que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado internacional. Al respecto, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados manifiesta: “**Artículo 14.-** 1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras han convenido en que se exija la ratificación; c) cuando el representante del Estado haya

En cuanto a la etapa de manifestación del consentimiento, pese a que existen diversas maneras en las que el Estado lo puede hacer, las constituciones ecuatorianas han optado de manera unánime por la *ratificación*⁸⁸ como la forma adecuada de expresar la voluntad del Ecuador en obligarse por un tratado.

La totalidad de las constituciones ecuatorianas establecen como requisito previo a la ratificación, la aprobación previa del órgano de la función legislativa al que le corresponde pronunciarse sobre el contenido del tratado, aprobándolo o improbandolo, lo cual dará luz verde o no a la conclusión del proceso de celebración de un tratado internacional.

Esta intervención del parlamento tiene índole netamente interna, como una condición de validez de la prestación del consentimiento desde una perspectiva constitucional.⁸⁹ Pues, una vez aprobado el texto autenticado de un tratado, queda en manos del titular de la función ejecutiva la decisión acerca de la manifestación o no del consentimiento del Estado.

Si bien la participación parlamentaria ha sido seriamente cuestionada por los inconvenientes que genera, debido al número, heterogeneidad e inestabilidad en su

firmado el tratado a reserva de ratificación; o d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación”.

88 Respecto a la ratificación, cabe manifestar que aunque la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en los artículo 2 y 14 utiliza los términos *ratificación*, *aceptación* y *aprobación* como sinónimos para definir al acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento; en el constitucionalismo ecuatoriano ello no es necesariamente así, ya que el término aprobación con que se denomina la facultad que tiene el órgano parlamentario en el proceso de formación de tratados internacionales, difiere de la potestad del Ejecutivo conforme la cual éste manifiesta el compromiso del Ecuador de obligarse por el contenido de un tratado. La atribución otorgada al parlamento tiene relación con una anuencia, una especie de autorización que otorga éste al Ejecutivo para que sea él quien de manera definitiva manifieste internacionalmente la disposición del Estado en comprometerse con el tratado. Por lo tanto ambos términos se refieren a momentos diversos dentro del proceso interno de celebración de un tratado internacional.

89 Antonio Remiro Brotóns, op. cit., p. 387.

composición y a la lentitud de sus procesos decisorios⁹⁰, la intervención de esta función es fundamental pues garantiza la participación directa de los órganos de representación popular en la toma de decisiones de carácter internacional y refuerza su atribución como órgano fiscalizador de las acciones de la función ejecutiva.

Existen diversas formas en las que se puede regular la participación del órgano parlamentario en este proceso. La primera consiste en una *atribución amplia*, en la cual su intervención se establece para la totalidad de tratados internacionales. La segunda consiste en una *atribución restringida*, en la que la aprobación o improbación del tratado se reserva para aquellos que revisten gran importancia para el Estado. A su vez, este sistema puede regularse de dos maneras, como *lista positiva* o de *relación negativa*. Conforme el primer sistema, las constituciones contienen una o varias disposiciones en las que se especifican aquellos tratados internacionales que requieren aprobación previa del órgano legislativo. El segundo caso se refiere a normas que señalan los casos en los que los tratados internacionales no estarían sujetos a la anuencia por parte del titular de la función legislativa.⁹¹

En el caso del Ecuador, en general se ha optado por el sistema de *atribución amplia* otorgando al órgano parlamentario la facultad de aprobar o improbar todos los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo, previa ratificación.

Únicamente en el caso de la constitución de 1967 se utiliza la técnica de relación negativa, señalando en el artículo 132.1 como atribución del Senado la siguiente:

90 *Ibíd.*, p. 115.

91 Darío Villarroel Villarroel, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, op. cit., pp. 192 y 193.

Aprobar o desaprobar los tratados públicos bilaterales, que no estuvieren comprendidos en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 184; aprobar, con reservas o sin ellas, los tratados públicos multilaterales y dar su venia, en la misma forma, a la adhesión autorizada en ellos. El Presidente de la República o el mismo Senado podrán someter el asunto a Congreso Pleno o a plebiscito.

El inciso segundo del artículo 184.3 se refiere a los tratados que no suponen obligaciones o cargas permanentes para la hacienda pública o para los ciudadanos ecuatorianos, y a los que no exigen medidas legislativas para su cumplimiento. Estos tratados se someten al dictamen del Tribunal de Garantías Constitucionales y el Presidente de la República tiene la obligación de dar cuenta de ellos al Congreso.

Los artículos 132 y 184 establecen una diferenciación respecto al órgano encargado de aprobar o improbar ciertos tratados según la materia y según el número de sujetos involucrados. Así, siempre que se trate de tratados multilaterales y sus adhesiones y de tratados bilaterales que no versen sobre obligaciones permanentes para la hacienda pública o los ecuatorianos o que no requieran leyes para su cumplimiento, serán aprobados, previa su ratificación por el Senado. En cambio, cuando se trate de tratados bilaterales que impongan la necesidad de la adopción de medidas legislativas o que impongan cargas al Estado o los ciudadanos, se requiere un dictamen del Tribunal y cuenta de ello al Congreso.

El caso citado de la Constitución de 1967 constituye el único en el cual se limita la atribución de la función legislativa en la aprobación o improbación de tratados internacionales. En todas las demás constituciones esa se mantuvo como una potestad ilimitada del Congreso o el órgano de la función legislativa respectivo.

Las disposiciones constitucionales que regulaban el proceso de formación de tratados internacionales a partir de 1945 hasta las reformas de 1996, acertadamente diferenciaban claramente el momento en el que cabía la participación del Ejecutivo de la del órgano de la función legislativa, creando un equilibrio en la división de atribuciones entre las funciones del Estado, sin embargo el contemplar la participación del parlamento para todos los casos se considera una exageración que complejizaba innecesariamente la adopción de un tratado internacional, menoscabando el rol del Ecuador como sujeto de derecho internacional y limitando la atribución del Ejecutivo de dirigir la política exterior del Estado.

3.- El control constitucional: análisis de su regulación en las constituciones del Ecuador y los tratados internacionales como objeto de control.

En los puntos tratados previamente se estableció de manera más o menos detallada la forma en que la normativa internacional y las constituciones ecuatorianas regulaban la recepción del derecho internacional en el derecho interno, y el papel fundamental que cumplían las funciones ejecutiva y legislativa en la celebración de tratados internacionales.

Corresponde ahora entrar en el análisis de una cuestión que compete exclusivamente al derecho doméstico y cuya regulación reviste mucha importancia. Se hace referencia al control constitucional de los tratados internacionales.

En el largo proceso de formación de tratados internacionales, normalmente las constituciones suelen regular su control constitucional en la fase comprendida entre la

autenticación del tratado y la ratificación del mismo. Esta *fase intermedia*⁹² es de gran importancia por cuanto tiene como objetivo el cumplimiento de diversos requisitos contemplados en la Constitución para que la expresión del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado sea válida.

Generalmente, en esta fase interviene la aprobación previa del órgano legislativo, pero además el texto del tratado internacional es sometido a un control constitucional previo para constatar que el contenido y el proceso de celebración del tratado guarden coherencia con lo dispuesto en la Norma Suprema.

Concretamente, en el derecho constitucional ecuatoriano la regulación que al respecto contenían las constituciones emitidas hasta 1978 resulta insatisfactoria, ya que las disposiciones normativas existentes no permitían contar con una tarea de control constitucional propiamente dicha en la que estuvieran incluidos o excluidos los tratados internacionales como objeto de control. Es por ello que se estudiarán de manera breve las diversas formas en las que las constituciones ecuatorianas regulaban este asunto.

La constitución de 1946⁹³ estatuye la existencia de un Consejo de Estado cuya facultad consistía en vigilar el respeto a la Constitución y a las leyes. Atribución que carecía de efectividad por cuanto la herramienta con la que contaba el Consejo para hacer efectivo ese respeto a la Norma Suprema era la emisión de reclamos a la Función Ejecutiva

92 Los términos *fase intermedia* se han tomado de la referencia que hace el autor Antonio Remiro Brotóns en su obra, *Derecho Internacional* a partir de la página 385. Al respecto véase, Antonio Remiro Brotóns, *Derecho Internacional*, op. cit., p. 385.

93 Al respecto, la Constitución de 1946 establece en su artículo 146 lo siguiente: “Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1. Velar por la observancia de la Constitución y de las Leyes, y, especialmente proteger las garantías constitucionales, incitando para su respeto e inviolabilidad al Presidente de la República, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda”.

y de informes al órgano legislativo, sin que tengan la calidad de obligatorios, ni que el Consejo cuente la potestad de sancionar su incumplimiento.

A pesar de lo manifestado, las Cartas Fundamentales de 1946 y 1967⁹⁴ otorgan a la Corte Suprema de Justicia la facultad de ejercer un control constitucional previo, al ordenar que una vez que un proyecto de ley haya sido objetado por el Presidente de la República por inconstitucional, éste debe remitir el mismo a la Corte Suprema de Justicia con el fin de que se pronuncie sobre su constitucionalidad. Sin embargo, los tratados internacionales no hacían parte de las normas objeto de control.

Las Constituciones de 1945, 1946, 1967 y 1978⁹⁵ son coincidentes en mantener un control posterior de constitucionalidad que casi en todos los casos estaba en manos del

94 Al respecto, la **Carta Magna de 1946** regula: “Art. 67.- Cuando el Ejecutivo considerare inconstitucional un proyecto de ley o decreto, estará obligado a objetarlo, y lo devolverá al Congreso con las respectivas objeciones razonadas. Si el Congreso Pleno las aceptare, se archivará el proyecto, pero si no las aceptare, lo remitirá a la Corte Suprema, la que deberá emitir su dictamen, dentro del plazo máximo de ocho días. Si también la Corte Suprema estimare inconstitucional el proyecto, el Congreso no podrá insistir, y lo archivará. En caso contrario el proyecto seguirá el trámite que corresponda”. La **Norma Suprema de 1967** de manera concordante afirma: “Art. 151.- Sanción.- Los proyectos que fueren definitivamente aprobados en la forma prevista en esta Constitución, se enviarán al Presidente de la República para que, en el plazo de quince días, los sancione u objete. Si los sanciona, los promulgará; si los objeta, los remitirá a la Comisión Legislativa Permanente, con las correspondientes observaciones de inconstitucionalidad o de inconveniencia. Con el informe de la Comisión Legislativa Permanente o de la Corte Suprema en su caso, el Congreso Pleno, en un solo debate, resolverá sobre las objeciones. Si también la Corte Suprema estima inconstitucional el proyecto, el Congreso no podrá insistir, y lo archivará”.

95 La **Carta Magna de 1945** señala: “Art. 165.- Sólo al Congreso corresponde declarar si una ley, decreto, reglamento, acuerdo orden, disposición, pacto o tratado público es o no constitucional e interpretar la Constitución y las leyes de modo generalmente obligatorio; sin perjuicio de la atribución que corresponde a la Corte Suprema, en cuanto a la unificación de la jurisprudencia obligatoria, conforme a la ley”. La **Constitución de 1946** afirma: “Art. 189.- Asimismo, solo al Congreso le corresponde declarar si una Ley o Decreto Legislativo son o no inconstitucionales”. Conforme la **Constitución de 1967**, la Corte Suprema de Justicia además de dictaminar la constitucionalidad de un proyecto de ley vetado por el Presidente por inconstitucional, conforme el artículo 205.4 tenía la facultad de suspender total o parcialmente los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por el fondo (control abstracto de constitucionalidad); cuestión que debía ser sometida al conocimiento y resolución por parte del Congreso. La **Constitución de 1978**, además de otorgar a la Corte Suprema de Justicia el control abstracto de constitucionalidad, le atribuyó el control concreto de constitucionalidad mediante la facultad de declarar inaplicable una norma contraria a la Constitución en casos particulares sometidos a su

Congreso, a excepción de las normas de 1967 y 1978 que confiaban esta labor a la Corte Suprema de Justicia.

Las reformas de 1984, 1993 y 1996 combinan el ejercicio del control constitucional posterior entre la Corte Suprema (control constitucional concreto) y el Tribunal de Garantías Constitucionales, la Sala Constitucional de la Corte y el Tribunal Constitucional, respectivamente (control constitucional abstracto).

En todos los casos mencionados anteriormente persiste la omisión de regular el control constitucional de tratados internacionales lo que se considera del todo inconveniente pues pudo haber causado graves incoherencias normativas debido a que el Estado carecía de disposiciones claras que regularan el proceso de integración de la norma internacional en el ordenamiento jurídico nacional.

Es de suponer que de haberse presentado esos casos, el Estado ecuatoriano se hubiera vuelto obligado a cumplir con el tratado internacional, vulnerando su Constitución, ya que ningún órgano estaba facultado por esta para revisar su constitucionalidad y menos para dictaminar al respecto.

Una vez que se ha descrito brevemente la forma cuestionable en que las constituciones del Ecuador regulaban el control constitucional de tratados internacionales, cabe mencionar los únicos casos excepcionales en donde sí se incluyen a estos instrumentos

conocimiento. Al respecto, el inciso tercero del artículo 138 de la Constitución de 1978 afirma: “Sin perjuicio de esta facultad, la Corte Suprema -en los casos particulares en los que avocare conocimiento- declarará inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en las causas materia de su pronunciamiento. La Sala informa al pleno del Tribunal para los efectos determinados en el inciso anterior”. Sin embargo, aún establecía como requisito someter la resolución del control abstracto a resolución del órgano de la función legislativa.

como objetos de control. Se hace referencia específicamente a las Constituciones de 1945 y 1967.

En cuanto a la primera, la regulación que plantea la Constitución de 1945, en el artículo 165, considera como objetos de control, ejercido por el Tribunal de Garantías Constitucionales pero resuelto finalmente por el Congreso, no únicamente a leyes y decretos legislativos sino a otra normativa infra constitucional, entre las cuales resaltan los *pactos o tratados públicos*. La afirmación anterior es sumamente importante por cuanto señala, por vez primera en la historia constitucional ecuatoriana, que los tratados internacionales son objeto de un control constitucional posterior, asegurando con ello la coherencia del ordenamiento jurídico de origen nacional e internacional con la Constitución.

Sin embargo, la solución adoptada por el sistema de 1945 adolece de graves inconvenientes ya que el control constitucional se ejercía de manera posterior a la vigencia del tratado internacional por lo que una vez determinado que un tratado internacional violentaba la Constitución, surgía la duda de cuál era el camino que podría tomar el Ecuador.

Teniendo como base los antecedentes constitucionales al respecto, se puede afirmar que seguramente el Estado se atenía al cumplimiento del tratado pues lo contrario podía haber traído graves consecuencias en el ámbito internacional, además que de lo analizado, se puede concluir que la regulación de la normativa internacional en contraposición con la Constitución no era de mayor preocupación para el constituyente. Ello sin mencionar que el órgano facultado para decidir finalmente si un tratado violentaba la Constitución era el

Congreso, que estaba lejos de realizar un análisis jurídico profundo por su papel preponderantemente político.

Respecto a la Norma Suprema de 1967, el artículo 184.3 otorga al Tribunal de Garantías Constitucionales la atribución de aprobar o improbar tratados internacionales que no supongan obligaciones o cargos permanentes para la hacienda pública o los ciudadanos en general, o que no exijan medidas legislativas para su aplicación. En todos los demás casos la aprobación correspondía al Congreso.

Aunque en este caso no se hace referencia a un control de constitucionalidad, es de resaltar la confianza para la aprobación o improbación de ciertos tratados internacionales a un órgano jurisdiccional especializado.

De lo expuesto anteriormente se deduce que la figura del control constitucional ha sido objeto de diversas, conflictivas, y no siempre convenientes normativas a lo largo de los siglos XIX y XX.

La participación del Consejo de Estado se redujo casi en su totalidad a la de un órgano encargado de aconsejar el cumplimiento de la Constitución en el ejercicio de las atribuciones de los funcionarios públicos. El Congreso, por su parte, tuvo un rol preponderante a lo largo de la historia, no sólo como el órgano de la función legislativa sino también como ente contralor de la constitucionalidad de las normas. Aún cuando se proveyó la existencia de una institución que podía ejercer el control constitucional de manera especializada, siempre se reservó para el Congreso la resolución definitiva de constitucionalidad, realizando privativamente el control abstracto de las normas.

Además de la ausencia de una regulación adecuada del ente encargado de ejercer el control constitucional, los textos normativos del Ecuador no se preocuparon de regular lo relativo a los tratados internacionales y la posibilidad o no de someterlos a un control constitucional. En efecto, salvo las Constituciones de 1945 y 1967, los tratados internacionales no fueron objeto de regulación detallada en las Cartas Magnas ecuatorianas.

4.- La Constitución de 1998 y la Ley de Control Constitucional de 1997.

En el año de 1998 entró en vigencia un texto constitucional que en relación con los tratados internacionales, en algunos aspectos, mantenía lo regulado hasta ese entonces, y en otros incluía normativa más detallada.

La Norma Suprema de 1998 establece la recepción automática de los tratados internacionales⁹⁶ en el artículo 163: “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”. Con ello, además de optar por la concepción monista del Derecho, se da una primera aproximación respecto de la jerarquía que ostentaban los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La descripción de la regulación del proceso de formación de tratados internacionales en la Constitución de 1998 inicia con la facultad del Presidente de la República para celebrar tratados internacionales⁹⁷, con la salvedad de que previa a la ratificación de ciertos tratados

96 Itz'iar Gómez Fernández, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad” en Pablo Pérez Tremps coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, p.168.

97 Al respecto, la Constitución de 1998 en el artículo 171.12 establece: “Art. 171.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:12. Definir la política exterior, dirigir las relaciones

se requería la aprobación del Congreso Nacional⁹⁸. Por lo tanto, es el Ejecutivo el que tiene la potestad de “[...] activar la iniciativa para negociar y concluir un tratado [...]”⁹⁹.

Una vez que el Ejecutivo hubiera participado en la negociación, adopción y autenticación del texto del tratado, la normativa constitucional de 1998 exigía la intervención del parlamento con el fin de aprobar o improbar tratados internacionales, previa su ratificación, en seis casos concretos: cuando se refieran a materia territorial o de límites; los que establezcan alianzas políticas o militares; los que comprometan al país en acuerdos de integración; los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y, los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

En estos casos la intervención del parlamento se instituye en un requisito sin el cual la manifestación de voluntad del Estado podría adolecer de invalidez por infringir normativa constitucional. Ahora, antes de que el Congreso Nacional pudiera emitir su dictamen aprobatorio o improbatorio, debía requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad del tratado. Al respecto, el artículo 276.5 señala como una atribución del Tribunal Constitucional: “Dictaminar de conformidad con la Constitución,

internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija”.

98 En efecto, el artículo 162 de la Norma *ibídem* señala los casos en los que se requerirá la anuencia del Congreso Nacional previa la ratificación tratados internacionales. Textualmente afirma: “Art. 161.- El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: 1.- Los que se refieran a materia territorial o de límites; 2.- Los que establezcan alianzas políticas o militares; 3.- Los que comprometan al país en acuerdos de integración; 4.- Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; 5.- Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y, 6.- los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley”.

99 Itz'iar Gómez Fernández, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad” *op. cit.*, p.169.

tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional”. Cuestión ratificada por el inciso segundo del artículo 162 de la Carta Magna.¹⁰⁰

El requisito del dictamen de constitucionalidad emitido por el Tribunal se instituye en un control previo de constitucionalidad, el mismo que se aplica únicamente para los tratados internacionales incluidos en los seis supuestos del artículo 161 descrito anteriormente. Para los demás casos no existe en la Norma Suprema de 1998 disposición alguna que permita someterlos a un examen de constitucionalidad.

Precisamente, los artículos 276.5 y 162 son los únicos que se refieren al control previo de constitucionalidad, y cuando la Carta Magna de 1998 en el artículo 276.1 regula el control *a posteriori* de constitucionalidad, determina como objetos de control únicamente a las leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, omitiendo cualquier referencia a los tratados internacionales.¹⁰¹

Ello permite afirmar, en palabras de Itz'ar Gómez, lo siguiente:

Si solo los tratados del art. 161 CPE van a pasar por el control previo del Tribunal, eso supone que entrarán al ordenamiento ecuatoriano una buena cantidad de tratados que no podrán jamás ser sometidos a control de constitucionalidad, porque ni están en la lista del art. 161 CPE que define el objeto de control previo, ni se contempla la posibilidad en el sistema ecuatoriano de someter a control sucesivo los tratados válidamente incorporados al ordenamiento¹⁰².

100En efecto, la norma referida, en la parte pertinente afirma: “Art. 162.- La aprobación de los tratados y convenios se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso. Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución”.

101Al respecto, el artículo 276.1 de la Constitución de 1998 señala textualmente: “Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional: 1.- Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presentes sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender parcialmente sus efectos”.

102 Itz'ar Gómez Fernández, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad” op. cit., p.170.

Efectivamente, el vacío normativo que contemplaba la Constitución de 1998 abría las puertas a incongruencias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que creaban una especie de laberinto sin salida, especialmente en el caso de que un tratado internacional que no ha sido sometido a control previo, pues contravenía lo dispuesto en la Norma Suprema. Pero este no es el único vacío normativo en lo que a tratados internacionales se refiere.

Conforme a la propia Norma Fundamental, cuando existían antinomias entre dos normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se debía recurrir al principio de aplicación de la norma jerárquicamente superior.¹⁰³ En el caso que nos ocupa, ello tampoco habría sido una opción cuando se trataba de resolver contradicciones entre lo contenido en un tratado internacional y la Constitución.¹⁰⁴

Efectivamente, el artículo 163 descrito al inicio de este acápite afirma la supremacía de los tratados que han sido válidamente promulgados en el Registro Oficial sobre toda norma legal o de inferior jerarquía. Sin embargo, cuando en el artículo 272¹⁰⁵ se refiere a la supremacía constitucional afirma la prevalencia de la Constitución sobre cualquier otra norma de menor jerarquía que se le oponga, sin hacer mención expresa a tratados ni a convenios internacionales, creando confusión respecto al lugar que ocupa la normativa

103Al respecto, el inciso segundo del artículo 272 señala: “Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”

104Se hace referencia expresamente a las antinomias entre los tratados internacionales y la Constitución por cuanto el artículo 163 de la Norma Suprema de 1998 dotaba a los primeros de primacía sobre las leyes.

105El artículo 272 de la Constitución de 1998 establece: “**Art. 272.-** La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”.

internacional en relación con la Carta Magna y obligando a sus intérpretes a acudir a otras fuentes del derecho para intentar resolver este problema, lo cual permitía contar con interpretaciones diversas que complejizaban aún más la cuestión pues no todos los tratados internacionales abordan el mismo asunto ni tienen igual impacto en el ordenamiento jurídico estatal ni en las personas, por ejemplo no es lo mismo referirse a la jerarquía constitucional de un tratado internacional de materia comercial, que a uno de derechos humanos.

Precisamente respecto a éste último supuesto la doctrina ha sido coincidente en afirmar que tendrían jerarquía constitucional, mientras que para los demás casos serían considerados normas supralegales e infraconstitucionales¹⁰⁶. Sostentan su afirmación en la constante remisión que hace la Norma Suprema de 1998 al derecho internacional de los derechos humanos “[...] para complementar los dictados constitucionales sobre determinada materia”.¹⁰⁷ En efecto, la Constitución de 1998 en reiteradas ocasiones se refiere a los tratados internacionales de derechos humanos de manera que permite deducir que tienen jerarquía constitucional.¹⁰⁸ Basta con observar el contenido del artículo 17:

106 Cfr. César Montaña Galarza, “Constitución Ecuatoriana y Comunidad Andina”, en Santiago Andrade Ubidia y otros, edit., *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Universidad de Valencia, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 335. En el mismo sentido, Itziar Gómez Fernández, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad” op. cit., p. 173. María Judith Salgado, *Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional*, op. cit.

107 Itziar Gómez Fernández, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad” op. cit., p. 173.

108 Al respecto véase Itziar Gómez Fernández, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad” op. cit., p. 173. En el mismo sentido se manifiesta María Judith Salgado, *Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional*, disponible en <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista1/analisis/JudithSalgado.html>, 24.09.2011.

Art. 17.- El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

De manera concordante, el inciso primero del artículo 18 afirma:

Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

Estos son sólo algunos ejemplos de las disposiciones constitucionales que denotan la igualdad jerárquica entre la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.¹⁰⁹ Ello encuentra sustento en la trascendencia del sujeto de regulación del derecho internacional de los derechos humanos: las personas. En efecto, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los estados han optado por contemplar en sus constituciones normas específicas para este tipo de tratados, diferenciándolos de los demás instrumentos internacionales adoptados por el Estado, así normalmente para este tipo de tratados se contemplan principios especiales como los de aplicación directa, jerarquía constitucional y bloque de constitucionalidad, cuestión que no ocurre con tratados de otra naturaleza.

A pesar de que lo afirmado anteriormente se considera un acierto por la importancia de la protección de los seres humanos a nivel mundial, los vacíos normativos que contenía la Constitución de 1998, respecto a la jerarquía constitucional de los tratados

¹⁰⁹Otros ejemplos de lo afirmado lo constituyen los artículos 19, 23, 24, 29, 30 y 86 de la Norma Suprema de 1998.

internacionales en general y al control constitucional de los mismos, se mantendrían en la Ley de Control Constitucional¹¹⁰ que tampoco resolvía las inquietudes surgidas del texto de la Norma Suprema. En todo su articulado no se hacía mención alguna a la jerarquía normativa ni al control constitucional de tratados internacionales; de hecho, el artículo 12, que regulaba las atribuciones del Tribunal Constitucional, omitía la referencia a la facultad de este de ejercer control previo de constitucionalidad de tratados internacionales contemplada en la Constitución.

Todo lo afirmado anteriormente permite deducir que el Ecuador requería de una normativa que de manera expresa regule lo relativo a la jerarquía de los tratados internacionales obviando así los inconvenientes surgidos por esta omisión normativa, vacío que llama la atención pues para la época el derecho internacional general ya había alcanzado un alto grado de importancia como parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Además de contar con normativa clara que resuelva el asunto del control constitucional de tratados internacionales, hubiera sido muy importante contar con un sistema de control constitucional mixto que permita ejercer el control previo de constitucionalidad para los casos citados en el artículo 161, y un control posterior para los tratados que no se sometan a este tipo de control excluyendo a los tratados de tipo ejecutivo y al derecho internacional que deriva de otros tratados internacionales cuya constitucionalidad ya fue analizada, y siempre con la salvedad de que en caso de resultar inconstitucionales, el Estado debía haberse acogido a la terminación o denuncia del mismo, de conformidad con lo establecido

110 Ley de Control Constitucional de 1997 publicada en el Registro Oficial N° 99 de 2 de julio de 1999 fue derogada por Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en Registro Oficial Suplemento N° 52 de 22 de Octubre del 2009.

en el tratado de que se trate, o si es el caso, en lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a partir de su artículo 54.

Así se hubieran evitado los inconvenientes suscitados con la celebración del “Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América, de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos”¹¹¹ firmado a finales de 1999, cuya constitucionalidad fue seriamente cuestionada.¹¹²

Cuestiones como ésta llevaron a que en el año 2008, con la emisión de un nuevo texto constitucional, se regule de manera más completa la figura del control constitucional de tratados internacionales, mismo que será objeto de análisis en el siguiente capítulo, junto con el estudio de las soluciones aportadas sobre el particular en las constituciones de Bolivia y Perú.

111 El “Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos”¹¹ fue suscrito el 12 de noviembre de 1999 y publicado en el Registro Oficial Nro. 340 del 16 de diciembre de 1999, fecha de su ratificación.

112El análisis del presente acuerdo consta en el Anexo I de este trabajo. Igualmente para un estudio más profundo del tema véase César Montaña Galarza, “La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta”, op. cit.

CAPÍTULO III: EL CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO DE TRATADOS INTERNACIONALES, LEGISLACIÓN VIGENTE

I.- Introducción

El estudio del control constitucional de tratados internacionales ha supuesto un largo recorrido que va desde el origen de la figura del *control constitucional* -como un mecanismo básico para garantizar la supremacía de la Carta Magna- hasta el análisis de la manera en la que las constituciones del Ecuador regulaban el asunto, lo cual llevó a concluir que el tratamiento normativo que recibió la figura del control constitucional previo de tratados internacionales no fue el más conveniente ya que no solucionó de manera efectiva el conflicto que se podía presentar entre las disposiciones de la Constitución y las del tratado internacional.

Actualmente, con la vigencia de la Constitución de 2008 se ha planteado un sistema más completo que en ciertos aspectos mejora la regulación de instituciones que ya estaban presentes en las anteriores constituciones, y en otros propone la reglamentación de asuntos que no habían sido objeto de regulación constitucional hasta ese entonces.

El estudio del sistema de control constitucional previo de tratados internacionales vigente en el Ecuador requiere de un estudio normativo que abarque el contenido de la Carta Magna de 2008 y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,¹¹³ con el fin de determinar la forma en la que estos cuerpos normativos han regulado el asunto. Finalmente, se realizará un recorrido por las constituciones de Bolivia y Perú para especificar cómo estos ordenamientos jurídicos han abordado la cuestión, lo que

¹¹³La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional entró en vigencia a partir de su publicación en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N°52 de 22 de octubre de 2009.

llevará a la distinción de similitudes y/o diferencias entre unos y otros ordenamientos jurídicos.

II.- REGULACIÓN DEL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.

La entrada en vigencia de la Constitución ecuatoriana del 2008¹¹⁴ representó la ruptura de varios paradigmas aparentemente sólidos e incontrovertibles. El paso de un Estado social de derecho a un Estado constitucional de derechos y justicia; la consideración de la naturaleza como sujeto de derechos; la inclusión de las políticas públicas como objeto de control son sólo algunos giros que ha dado el Ecuador con su nuevo ordenamiento constitucional.

En lo que respecta a la figura del control de constitucionalidad de tratados internacionales, la Norma Suprema de 2008 plantea algunos giros interesantes, que sin abandonar del todo lo regulado por sus antecesoras, aportan positivamente a la consecución de un sistema de control *a priori* más conveniente.

Para mantener coherencia con lo analizado en el capítulo II, el estudio de la regulación del proceso de celebración de tratados internacionales que incluye la Constitución de 2008, comprenderá cuatro parámetros principales: la relación entre el derecho interno y el Derecho internacional, el rol de las funciones ejecutiva y legislativa, el órgano encargado de ejercer el control constitucional y, la potestad de éste para efectuar el control previo de constitucionalidad de instrumentos internacionales.

1.- La relación entre el derecho interno y el Derecho internacional

¹¹⁴La Constitución de 2008 fue aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, y publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre del mismo año.

La Constitución de 2008 es probablemente una de las constituciones sudamericanas que mayor énfasis pone en la regulación de las relaciones internacionales.¹¹⁵ A pesar de ello, existen muchas disposiciones normativas que han merecido críticas por resultar poco convenientes al contexto internacional actual.¹¹⁶

Haciendo referencia a la relación entre el derecho interno y el internacional se debe afirmar de primera mano que la Constitución de 2008 considera a los tratados internacionales como parte de su ordenamiento jurídico. El artículo 425 de la Constitución¹¹⁷ al referirse al orden jerárquico de aplicación de las normas señala que en

115Grace Jaramillo “Las relaciones internacionales en el proyecto de Constitución”, en *Análisis Nueva Constitución*, Quito, ILDIS/Friedrich Ebert Stiftung, 2008, p. 272.

116Al respecto véase Grace Jaramillo, “Las relaciones internacionales en el proyecto de Constitución”, *ibídem*, p. 274, donde la autora manifiesta que la Constitución de 2008 “[...]se trata de un texto escrito con aprehensión por la realidad internacional, y un criterio en donde el Ecuador debe ser preservado de amenazas latentes o imaginarias, algo que sobrepasa en exceso lo previsto por otras constituciones latinoamericanas, con excepción de la Constitución de Cuba”. Así mismo la autora sostiene como posibles motivaciones que alentaron el articulado, a las negociaciones fallidas del TLC ecuatoriano, lo ocurrido con la Base de Manta y el ataque de Colombia al territorio ecuatoriano que tuvo lugar en marzo del 2008.

De igual manera consúltese César Montaña Galarza, “Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, pp.381 y 382. Obra donde el autor sostiene que los postulados constitucionales que regulan lo relativo a las relaciones internacionales “[...] contienen lo que podría describirse como luces y sombras sobre la concepción que Ecuador tiene acerca de las relaciones con la sociedad y comunidad internacional”. Critica el excesivo detalle del articulado, la existencia de normativa que parece tener reservas y temores respecto a la realidad de las actuaciones externas de los Estados y de la existencia de múltiples organizaciones internacionales. Finalmente el autor reitera la necesidad de “[...] construir una estructura técnica idónea para procesar lo concerniente a las relaciones internacionales del Estado y sus diversas aplicaciones [...] tomando en cuenta para ello el contexto internacional vigente y los compromisos asumidos previamente, tanto a nivel internacional como supranacional o comunitario andino”.

117El artículo 425 de la Constitución señala: “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

primer lugar se debe estar a lo dispuesto en la Constitución y en segundo lugar a lo contenido en tratados y convenios internacionales, aclarando por un lado la jerarquía de los mismos respecto a la Carta Magna, y por otro lado no deja lugar a dudas acerca de su integración en el conglomerado normativo ecuatoriano.

Actualmente se cuenta con una regulación precisa de la jerarquía normativa que ostentan los tratados internacionales posicionándolos como normas supra legales, e infra constitucionales, excepto para los tratados internacionales de derechos humanos cuyo estudio se lo hará posteriormente, con lo cual el conflicto que se puede presentar entre una norma internacional y una disposición constitucional goza de soluciones normativas adecuadas que propenden a la coherencia del ordenamiento jurídico vigente, además de velar por la supremacía constitucional.

Postura que se considera adecuada pues denota una consideración de la estructura del derecho internacional en la actualidad que abarca un sin número de materias, involucra a diversos sujetos y cuyas consecuencias repercuten de manera considerable en la vida de las personas, aún cuando ni siquiera hubieran participado en el proceso. Es por ello que el colocar a los tratados internacionales en un peldaño inferior al de la Constitución apela al mantenimiento de la misma como Norma Suprema, pero a la vez permite que el Ecuador adquiera compromisos internacionales sin que la normativa legal o inferiores sea un impedimento para ello, poniendo a las disposiciones constitucionales como el marco normativo que debe guiar la actuación del Ejecutivo en la celebración de tratados internacionales pero a la vez dando al derecho internacional la importancia que requiere en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.- El papel de las funciones ejecutiva y legislativa en el proceso de celebración de tratados internacionales.

En el proceso interno de celebración de los tratados internacionales no es una novedad que la Constitución establezca la necesidad de contar con la participación de los titulares de las funciones ejecutiva y legislativa distinguiendo obligaciones de las autoridades en el manejo de la política exterior del Estado.

Dentro de las atribuciones del Presidente de la República, contenidas en el artículo 147 de la Constitución, se incluye en el numeral 10 una que textualmente señala:

Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: 10. Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión.

De manera concordante, el artículo 418 de la norma *ibídem* establece:

Art. 418.- A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales.
La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo.

Respecto a estas disposiciones constitucionales, se ha mantenido lo establecido en todas las constituciones emitidas desde la declaración del Ecuador como Estado

independiente,¹¹⁸ facultando al Presidente de la República para llevar adelante el proceso de celebración de tratados internacionales, aunque no de manera independiente, ya que la Asamblea Nacional mantiene un papel relevante en el proceso al tener derecho a ser informada de la actividad del Ejecutivo en este ámbito, requisito sin el cual los tratados no podrán ser ratificados en ningún caso, fortaleciendo su facultad de control sobre la dirección del Presidente en la política exterior.

El sistema de contrapesos que establece el artículo 418 al imponer requisitos a la ratificación incluso de aquellos tratados que no requieren aprobación de la Asamblea Nacional puede por un lado considerarse acertada pues no deja exclusivamente en manos del Ejecutivo el asunto y permite la participación del órgano representante del pueblo. Sin embargo, ello abre las puertas a un manejo demasiado político de la cuestión, lo cual constituye solamente una arista de los múltiples temas que se deben analizar alrededor de la celebración de un tratado internacional. Es por ello que se debe tener cuidado con el alcance que se le dé a este artículo, pues el *informar* a la Asamblea no debe entenderse como otorgarle la facultad para pronunciarse al respecto, especialmente en asuntos cuya participación no ha sido señalada expresamente por la Constitución.

Por otro lado, el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al referirse a la persona facultada para representar a un Estado en la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, diferencia dos circunstancias: a) si presenta los plenos poderes; o b) si de la costumbre internacional se deduce que la intención de los estados ha sido dotar a

118Al respecto véase el capítulo II de este estudio.

esa persona de esa potestad. Adicionalmente señala los casos en los que, en virtud de las funciones de una persona, la potestad de ésta para representar el Estado está implícita, tales son: a) jefes de Estado, jefes de gobierno o ministros o ministras de relaciones exteriores en todos los casos; b) los representantes acreditados por el Estado para la adopción del texto de un tratado, en una conferencia o ante una organización internacional; y c) los jefes de misiones acreditados ante una organización internacional para la adopción del texto de un tratado emanado de esa organización.

Es evidente, por lo tanto, que la Constitución ecuatoriana ha optado por establecer expresamente la persona que tiene la potestad de celebrar un tratado internacional en todos los casos, sin embargo ello no obsta para que, a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esa facultad, al menos en la primera y segunda fase, pueda ser delegada a otro u otros funcionarios legítimamente, que es lo que efectivamente ocurre en la práctica, en donde por la agenda apretada que caracteriza a la Presidencia de un Estado, su titular se apoya en su equipo para el ejercicio de la política externa del país.

La intervención del parlamento para aprobar o improbar tratados internacionales previa su ratificación en casos determinados, consta en el artículo 120¹¹⁹ de la Constitución vigente. Efectivamente, el artículo 419 de la Constitución señala a manera de lista positiva los casos en que se debe contar con la aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional:

Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

¹¹⁹El artículo 120 de la Constitución en el numeral 8 señala: “**Art. 120.-** La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: 8. Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda”.

1. Se refieran a materia territorial o de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares.
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.
6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.
7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

Como se puede evidenciar, la norma es bastante amplia y abstracta al señalar los supuestos bajo los cuales se requiere la participación de la Asamblea Nacional, es por ello que se vuelve necesaria una regulación más detallada al respecto, o la existencia de un órgano especializado facultado para determinar si un tratado internacional versa o no sobre alguno de los ocho numerales a los que se refiere el artículo 419. Cuestión ésta que ha sido resuelta satisfactoriamente en la normativa ecuatoriana, a la cual se hará referencia más adelante.

Ahora bien, respecto a las materias de los tratados que deben ser aprobados previamente por la Asamblea Nacional, el contenido del artículo 419 mantiene las seis temáticas planteadas por el artículo 161 de la Constitución de 1998,¹²⁰ pero además agrega dos supuestos: aquellos tratados que establecen la sujeción de la política económica del Estado, contenida en el Plan Nacional de Desarrollo, a condiciones de instituciones

¹²⁰Al respecto, el artículo 161 de la Constitución de 1998 señalaba: “**Art. 161.-** El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: 1. Los que se refieran a materia territorial o de límites. 2. Los que establezcan alianzas políticas o militares. 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración. 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley. 5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos. 6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley”.

financieras internacionales o empresas transnacionales; y los tratados que comprometan su patrimonio natural, en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético. Lo cual obedece a la nueva consideración del Ecuador como un Estado soberano cuyos recursos naturales pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.¹²¹

La adhesión que presenta la Norma Suprema de 2008 ha sido objeto de cuestionamientos ya que se consideran asuntos de difícil verificación, y respecto a la temática del patrimonio natural y genético la preocupación es mayor si se toma en cuenta que el Ecuador al ser miembro de la Comunidad Andina se ha obligado a cumplir con diversos instrumentos supranacionales que se podrían considerar atentatorios del postulado.¹²²

A pesar de compartir la postura de que estos asuntos integrados en la Constitución del 2008 son de difícil verificación, se considera oportuna su inclusión ya que el esquema que plantea la actual Norma Suprema difiere diametralmente de su antecesora, actualmente el Ecuador ha manifestado en no pocas ocasiones su oposición al manejo que las instituciones financieras internacionales han tenido en la región (FMI o Banco Mundial), así como ha plasmado en su Norma Suprema la importancia de la convivencia pacífica del ser humano con el entorno natural y de la protección de la naturaleza al punto de ser la única constitución del mundo que la considera sujeto de derechos. Por lo tanto se considera coherente la ampliación de las temáticas que deben ser aprobadas por el órgano parlamentario, aunque claro ello requiere de una actuación diligente del Ecuador en el ámbito del derecho internacional para denunciar o terminar aquellos tratados

121Conforme consta en el artículo 1 de la Constitución de la República.

122Grace Jaramillo, “Las relaciones internacionales en el proyecto de Constitución”, op. cit., p. 278.

internacionales que no se ajustan a su Norma Suprema de manera que no comprometa sus relaciones internacionales con otros estados.

Continuando con el estudio de las atribuciones del órgano parlamentario, una vez que se ha determinado que el contenido del tratado es de aquellos señalados en el artículo 419 de la Constitución, la Asamblea Nacional tiene la obligación de emitir su aprobación o improbación al contenido del documento. El procedimiento a seguir se encuentra regulado en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que otorga un plazo de veinte días a la comisión especializada pertinente de la Asamblea, que en este caso sería la Comisión Especializada de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, para que emita el informe respectivo que debe ser puesto a conocimiento del Pleno de la Asamblea.

La aprobación del tratado internacional requiere del voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, sometiéndola a una mayoría cualificada por la importancia de los temas en los que se la requiere.

En este punto cabe manifestar que la observancia estricta de este procedimiento es fundamental, en especial en cuanto a los plazos que otorga la norma para que la Asamblea se pronuncie, por cuando se está paralizando un proceso internacional que ha requerido el tiempo de funcionarios de diversos estados y mal podría el Ecuador disponer del mismo debido a la inoperancia de un órgano interno.

Luego de que el parlamento emite su aprobación, queda en manos del Ejecutivo el ratificar o no el documento en cuestión, ya que la concesión de la misma no obliga al Presidente a ratificar el tratado.¹²³

Cuando el tratado internacional ha sido ratificado, automáticamente pasa a formar parte de la normativa jurídica interna, y no requiere de ningún otro requisito para que sea perfectamente aplicable internamente por el Estado.

La facultad otorgada al Ejecutivo y a la Asamblea Nacional en este importante proceso de celebración de tratados internacionales permite ejercer un juego de contrapesos en la adopción de normativa internacional, el cual debería jugar a favor de la protección de la Constitución como Norma Suprema, además de que se garantiza, al menos en teoría, un control sobre los actos del Ejecutivo en este ámbito, tomándose con mayor seriedad las repercusiones que la celebración de un tratado internacional puede traer para el Ecuador como Estado pero más importante sobre las personas que lo habitan.

Además de la intervención de la Asamblea Nacional, la normativa ecuatoriana ha configurado la presencia de un órgano, cuya participación es de importancia fundamental en un Estado constitucional de derechos y justicia como el Ecuador: la Corte Constitucional.

3.- La Corte Constitucional y su facultad para efectuar el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales.

¹²³Itziar Gómez Fernández, “Los tratados internacionales en el ordenamiento ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad”, op. cit., p. 170.

La Corte Constitucional ecuatoriana es considerada el máximo órgano de interpretación y control constitucional y administración de justicia en esa materia.¹²⁴

El artículo 438.1 de la Norma Suprema ecuatoriana instituye la facultad de ésta para emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de tratados internacionales.¹²⁵ Con ello el Ecuador optó por acoger la figura del *control constitucional a priori* evitando la adopción de tratados internacionales cuya vigencia violente lo contenido en la Constitución, volviéndose inaplicable en el orden interno y causando conflictos a nivel internacional por el incumplimiento de obligaciones que el Estado asumió y que la comunidad internacional espera sean acatadas.

El control constitucional que plantea la Carta Fundamental de 2008 se trata de un control de tipo automático, es decir, que es obligatorio para todos los tratados que deben ser aprobados por el órgano legislativo¹²⁶ no pudiendo omitirse esta formalidad, caso contrario la posterior ratificación que se realice del tratado podría adolecer de nulidad por no haber observado los trámites constitucionales internos.¹²⁷

124 La constitución, en el artículo 429 manifiesta: “**Art. 429.-** La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito”.

125 El artículo 438.1 de la Constitución de 2008 manifiesta: “**Art. 438.-** La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional”.

126 Así manda el artículo 110 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que afirma: “**Art. 110.-** Tratados susceptibles de control constitucional.- La Corte Constitucional realizará el control constitucional de los tratados internacionales, de la siguiente manera: 1. Los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa, tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa”.

127 Al respecto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 46 contempla la posibilidad de que un Estado pueda alegar vicio de su consentimiento cuando se haya violentado manifiestamente una norma de importancia fundamental para su ordenamiento jurídico interno. Concretamente señala: “**Art. 46.-** Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados: 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa

El proceso que debe observar la Corte para emitir el dictamen de constitucionalidad se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹²⁸, concretamente en el artículo 111,¹²⁹ que determina un procedimiento particular en el que se incluye la participación de la ciudadanía en general que está llamada a defender o impugnar total o parcialmente el contenido de un tratado por ajustar o no su contenido a la Constitución. Transcurridos treinta días desde que el tratado fue publicado en el Registro Oficial y en la página web de la Corte para conocimiento de la ciudadanía, la Corte Constitucional debe pronunciarse y en caso de no hacerlo se entenderá que existe informe favorable de constitucionalidad.

La participación ciudadana que contempla este proceso responde a la consideración de las personas como los sujetos a quienes podría afectar, en última instancia, el contenido de un tratado internacional, pues al formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano se convierten en normas de obligatorio cumplimiento para ellas. Si se considera que el fin del derecho es la justicia, las normas que integren un ordenamiento jurídico deben responder a

violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

128 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°52 de 22 de octubre de 2009.

129 El artículo 111.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala: “Art. 111.- Trámite del control constitucional.- El trámite del control constitucional de los tratados internacionales se sujetará a las siguientes reglas: 2. Para el control constitucional previsto en el numeral 1 del artículo 110, se seguirán las siguientes reglas: a) La Presidenta o Presidente de la República enviará a la Corte Constitucional copia auténtica de los tratados internacionales, en un plazo razonable. En caso de no hacerlo, la Corte Constitucional lo conocerá de oficio. b) Una vez efectuado el sorteo para la designación de la jueza o juez ponente, se ordenará la publicación a través del Registro Oficial y del portal electrónico de la Corte Constitucional, para que dentro del término de diez días, contados a partir de la publicación, cualquier ciudadano intervenga defendiendo o impugnando la constitucionalidad parcial o total del respectivo tratado internacional. c) La Corte Constitucional deberá resolver dentro del término de treinta días contados a partir de la finalización del término para la publicación antes mencionada. En caso de no hacerlo, se entenderá que existe informe favorable de constitucionalidad, y el respectivo tratado será remitido para la aprobación legislativa. d) En lo no previsto en este capítulo, se seguirán las reglas determinadas para el procedimiento general”.

verdaderas necesidades de la población, es por ello que es muy importante establecer mecanismos de participación ciudadana que en este caso concreto den la posibilidad de que las personas puedan pronunciarse sobre la constitucionalidad de un tratado internacional a ser ratificado por el Ecuador.

Retomando el papel de la Corte en el proceso, si se declara que el contenido del tratado internacional es inconstitucional por el fondo, la Asamblea tiene la obligación de abstenerse de aprobarlo hasta que se produzca la enmienda, reforma o cambio constitucional. Si la inconstitucionalidad se refiere a cuestiones de forma, se deberá enmendar el vicio por el órgano que lo produjo. Una vez subsanadas estas cuestiones se podrá continuar con el proceso de celebración del tratado internacional correspondiente.

El control constitucional de tratados internacionales ejercido por la Corte Constitucional no se agota en pronunciarse sobre su contenido y coherencia con la Constitución, sino también a otras dos modalidades de igual importancia: sobre la necesidad de aprobación legislativa y sobre la constitucionalidad de las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa.

El señalamiento de que un tratado internacional requiere o no aprobación por parte de la Asamblea Nacional, se emite mediante dictamen expedido por la Corte Constitucional en un plazo de ocho días desde que se puso en su conocimiento.¹³⁰ En este caso, la tarea de los miembros de la Corte Constitucional es fundamental ya que, ante ausencia de ley, es necesario que el criterio bajo el cual se determina si un tratado debe ser sometido o no a la

¹³⁰Artículo 109 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “**Art. 109.- Resolución acerca de la necesidad de aprobación de la Asamblea Nacional.-** Los tratados internacionales, previamente a su ratificación por la Presidenta o Presidente de la República, serán puestos en conocimiento de la Corte Constitucional, quien resolverá, en el término de ocho días desde su recepción, si requieren o no aprobación legislativa”.

aprobación de la Asamblea Nacional responda a la sana crítica y criterio jurídico de la Corte como ente máximo de interpretación y control constitucional, y no a presiones políticas o conveniencias gubernamentales como ocurría anteriormente.

Respecto a las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa para la ratificación de los mismos, éstas pueden ser objeto de un control abstracto de constitucionalidad pero, a diferencia de los otros casos, en esta ocasión el control constitucional es *posterior*, es decir, luego de su emisión, pues la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹³¹ dispone que estas resoluciones puedan ser demandadas ante la Corte Constitucional dentro del plazo de dos meses siguientes a su expedición, únicamente por dos razones: vicios formales y procedimentales. Es decir, únicamente si se afirma que la expedición de la resolución aprobatoria del tratado internacional no ha observado el procedimiento dispuesto la Ley Orgánica de la Función Legislativa.¹³² Cuestión que es peligrosa por cuanto existe el riesgo de que el tratado en cuestión haya sido ratificado en cuyo caso la declaración de inconstitucional de la resolución emitida por la Asamblea no debería incidir en el compromiso que el Ecuador ha adquirido en el ámbito internacional, menos si los vicios que motivan la

131 Al respecto el artículo 110 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula: “**Art. 110.-** Tratados susceptibles de control constitucional.- La Corte Constitucional realizará el control constitucional de los tratados internacionales, de la siguiente manera: 3. Las resoluciones mediante las cuales se imparte la aprobación legislativa para la ratificación de dichos tratados internacionales, podrán ser demandadas ante la Corte Constitucional dentro del plazo de dos meses siguientes a su expedición, únicamente por vicios formales y procedimentales”.

132 El artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en la parte pertinente manifiesta: “[...] En todos estos casos, en un plazo máximo de diez días después de que se emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional, la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen. En este caso, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, verificará la documentación correspondiente y remitirá el tratado a la comisión especializada, para que en el plazo máximo de veinte días, emita el informe que será puesto a conocimiento del Pleno. La aprobación de estos tratados requerirá el voto de la mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional”.

inconstitucionalidad son cuestiones de forma, pues las consecuencias que traería consigo la imposibilidad del Estado de cumplir con un compromiso internacional por cuanto la resolución de la Asamblea Nacional es inconstitucional, son mucho mayores que el continuar con una obligación adquirida aún cuando se vulneró un procedimiento legal.

Además del control de constitucionalidad previo que ejerce la Corte, este órgano está facultado para efectuar otra modalidad de control constitucional sobre dos clases de tratados internacionales: aquellos cuya ratificación se solicitó por referéndum y los que no requieren aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional para su ratificación. Ambos instrumentos pueden ser sometidos a un control constitucional *posterior* a través de la acción de inconstitucionalidad.

El primer caso parte de lo establecido en el artículo 420 de la Constitución que manifiesta: “La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República”. La disposición, tal como está, a decir de César Montaña Galarza, admite dos interpretaciones. La primera según la cual la ratificación de tratados se puede efectuar mediante referéndum¹³³ solicitado por el Presidente de la República o por iniciativa popular. O la segunda conforme la cual la ratificación del tratado puede realizarse de tres formas: mediante referéndum, por el Ejecutivo, o por iniciativa de la ciudadanía.¹³⁴

Además de ser ambigua, la redacción del artículo 420 no especifica a qué autoridad se debe solicitar la ratificación del tratado, igualmente si se opta por la primera

133El referéndum, según Darío Villarroel Villarroel, puede entenderse como “[...] un mecanismo de control directo de la norma convencional por la que se somete su ratificación a la decisión del voto popular”. Cfr. Darío Villarroel Villarroel, *Derecho de los tratados en las constituciones de América*, op. Cit., p. 153.

134 César Montaña Galarza, “Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008”, op. Cit., p.374.

interpretación, siendo el Ejecutivo el autorizado para ratificar un tratado internacional no tiene sentido que éste se solicite a sí mismo. Igualmente no se determina el momento en el que tendría lugar el referéndum y tampoco si el resultado es obligatorio para el Ejecutivo o si se entiende que ésta es la forma en la que el Estado manifiesta su consentimiento.¹³⁵ Estas son sólo algunas de las inquietudes que despierta el contenido del artículo 420, mismas que deberán ser resueltas por normativa interna que desarrolle su contenido.

De todas formas, se considera que la interpretación que debe darse al artículo 420 es la que nos plantea la primera opción según la cual la ratificación de un tratado se puede hacer por referéndum. Ello se considera así a la luz del principio de participación ciudadana consagrado a lo largo de la Constitución de la República (artículos 61, 85, 95) que da cuenta de la importancia que tiene la opinión de las personas en la toma de decisiones atribuible anteriormente únicamente a los funcionarios de gobierno. Sin embargo, considerando que la población puede participar en el proceso de control constitucional previo de un tratado, que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no contempla esta forma de ratificación de un tratado y que la misma puede prestarse para manejos meramente políticos ajenos a la importancia que podría tener la celebración de un tratado internacional para el Estado y el principio de la participación ciudadana, ésta debería reservarse para casos excepcionales por ejemplo cuando no existe acuerdo entre el Ejecutivo y la Asamblea Nacional respecto a la ratificación de un tratado, por lo que se acude a la ciudadanía para que emita su opinión.

135Ibídem, pp. 374 y 375.

Dejando de lado la errónea redacción que mantiene el artículo 420 y los inconvenientes que provoca, lo cierto es que la Norma Suprema ecuatoriana incluye en sus disposiciones, o eso intenta, una institución jurídica de control directo de los tratados internacionales por parte de la población, sin que deba recurrirse a este mecanismo de manera general sino excepcionalmente cuando el contenido del tratado se refiera a temas de gran interés para la población¹³⁶, “[...] cuando una sociedad se enfrenta con problemas fundamentales, domésticos o de proyección exterior”.¹³⁷

El control constitucional de los tratados internacionales aprobados por referéndum puede ser ejercido mediante acción de inconstitucionalidad interpuesta únicamente por vicios de procedimiento ocurridos con posterioridad a la respectiva convocatoria a referéndum.¹³⁸

136En cuanto a este tema, es necesario tener en cuenta lo establecido por la Constitución en el artículo 104 que regula lo relativo a la consulta popular: “**Art. 104.-** El organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana. La Presidenta o Presidente de la República dispondrá al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular sobre los asuntos que estime convenientes. Los gobiernos autónomos descentralizados, con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes, podrán solicitar la convocatoria a consulta popular sobre temas de interés para su jurisdicción. La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral. Cuando la consulta sea solicitada por ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, requerirá el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la circunscripción especial. Las consultas populares que soliciten los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución. En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas”.

137Antonio Remiro Brotons, “Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados”, Madrid, Trotta, 1987, p. 140.

138Al respecto el artículo 110 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional manifiesta: “**Art. 110.-** Tratados susceptibles de control constitucional.- La Corte Constitucional realizará el control constitucional de los tratados internacionales, de la siguiente manera: 2. Los tratados que se tramitan a través de un referendo, pueden ser demandados únicamente por vicios de procedimiento ocurridos con posterioridad a la convocatoria respectiva”.

Ahora bien, he aquí otro inconveniente que trae consigo el ya analizado artículo 420. Si se interpretó el referéndum como una manera de ratificar un tratado internacional, entonces queda claro que el control constitucional de aquellos tratados sería *posterior* a su vigencia. Sin embargo, si lo que el constituyente quiso referir es que la aprobación de un tratado es la que se puede solicitar por referéndum, el panorama respecto al control constitucional es que es de índole preventivo, es decir previa su entrada en vigor, ya que posterior a la aprobación de un tratado corresponde su ratificación.

Otra clase de instrumento internacional que puede ser objeto de control constitucional posterior se refiere a los tratados internacionales que no requieren aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional. En este caso, la acción de inconstitucionalidad puede ser presentada hasta seis meses después de su suscripción, y la demanda de inconstitucionalidad puede presentarse por vicios de forma o de fondo, ya que no se establece supuesto alguno que limite la acción de inconstitucionalidad.¹³⁹

En caso de que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de esta clase de tratados el Estado tiene tres opciones: denunciar el tratado ante el órgano correspondiente y de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, promover la renegociación del tratado o la enmienda, y la reforma constitucional.¹⁴⁰ Opciones que precautelan la imagen del Estado a la vez que velan por el

¹³⁹Precisamente, el artículo 110 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional afirma: “**Art. 110.-** Tratados susceptibles de control constitucional.- La Corte Constitucional realizará el control constitucional de los tratados internacionales, de la siguiente manera: 4. Los tratados internacionales suscritos que no requieran aprobación legislativa, podrán ser demandados dentro del plazo de seis meses siguientes a su suscripción”.

¹⁴⁰Al respecto véase el artículo 112.4 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional que señala: “**Art. 112.-** Efectos de las sentencias y dictámenes.- Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general,

respeto a las normas del derecho internacional y evitan que el Estado caiga en responsabilidad internacional y vulnere el principio *pacta sunt servanda*.

Bajo estas consideraciones se puede afirmar que en el Ecuador, en materia de tratados internacionales, existe un sistema de control de constitucionalidad mixto en el cual conviven el control previo de tratados internacionales que requieren aprobación del órgano legislativo; y un control posterior de tratados internacionales *ratificados* por referéndum o que no requieren la aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional.

Se puede constatar pues que aunque históricamente el Ecuador adolecía de una normativa incompleta al respecto, actualmente, analizando todos los inconvenientes que ello ha provocado, se cuenta con un mecanismo de control constitucional que apunta a una efectiva coherencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y protege la supremacía constitucional. Pues permite ejercer esta figura no únicamente sobre cierto tipo de tratados sino sobre todos aquellos que sean demandados por inconstitucionales, estableciendo claro un plazo tope para activar la acción, pues tampoco cabría permitir un control *posterior* indefinido, teniendo en cuenta las consecuencias negativas que acarrearía para el Estado en la comunidad internacional.

Sin embargo se considera que se deben excluir del control constitucional los tratados ejecutivos, así como aquellos tratados que derivan de la firma de otros tratados principales cuya constitucionalidad ya fue resuelta en su momento, por lo que la normativa

y en particular, los siguientes: 4. Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional”.

debería ser reformada de modo que expresamente se deje sentada esta excepcionalidad en la aplicación del control constitucional de tratados internacionales.

4.- Los tratados internacionales de derechos humanos

Ya se había afirmado anteriormente que, a partir de 1948, los estados tendían a regular en sus constituciones principios particulares respecto a los tratados internacionales de derechos humanos. Los cuales eran considerados especialmente importantes pues se referían a aquellas potestades consideradas inherentes a todo ser humano por su calidad de ser tal, por lo que no le correspondía al Estado otorgar estos derechos, simplemente los reconoce expresamente.

La actual constitución ecuatoriana avanza más allá pues no únicamente regula de forma particular lo relativo a los tratados internacionales de derechos humanos sino que se refiere a todos los instrumentos internacionales relativos estos, abarcando con ello no únicamente a los instrumentos celebrados entre estados, sino emanados de otros sujetos de derecho internacional como pactos, convenios, declaraciones, sentencias, informes, entre otros.

Así, a lo largo del texto constitucional existe una referencia a estos instrumentos como normas que gozan de igualdad jerárquica respecto a la Constitución, por ejemplo el artículo 11.3¹⁴¹ que habla del principio de aplicación directa, el artículo 11.7¹⁴² que se refiere al reconocimiento de derechos, por mencionar algunos ejemplos¹⁴³.

141El artículo 11.3 señala: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

142 El numeral 7 del artículo 11 afirma: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los

De hecho, el artículo 93 de la Constitución al referirse a la acción constitucional por incumplimiento, señala que ésta tendrá por objeto “[...] garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”.

Precisamente, al integrar a las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos como objetos de protección por garantías jurisdiccionales, la Norma Suprema está ampliando el espectro de protección para las personas, ya que tienen derecho a exigir la vigencia de los derechos establecidos en la Constitución y en general en todo instrumento internacional del derecho internacional de los derechos humanos.

Retomando el estudio de los tratados internacionales de derechos humanos y su jerarquía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el inciso segundo del artículo 424 afirma:

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

¹⁴³ En ese mismo sentido se pronuncian los artículos 41, 57, 93, 156, entre otros.

De ahí que en el caso de tratados internacionales de derechos humanos se puede afirmar que gozan de una jerarquía constitucional, pero además si garantizan derechos de mejor manera que la Constitución tendrían incluso jerarquía supra constitucional.

Ello no obsta para que éstos tratados hayan sido considerados como objetos de control previo de constitucionalidad. De hecho el artículo 419.4 contiene la necesidad de que todo tratado que se refiera a los derechos y garantías establecidos en la Constitución deberá contar con la aprobación de la Asamblea Nacional, previo a lo cual la Corte Constitucional debe emitir el dictamen respectivo.

Hasta aquí parece clara la ubicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano así como su calidad de objetos de control. Sin embargo en la Norma Suprema ecuatoriana, aún este asunto adolece de contradicciones.

El artículo 424 transcrito permite observar cómo los tratados internacionales *ratificados* por el Ecuador gozan de supremacía frente a la Constitución. Sin embargo, en el artículo 11.3 de la misma Norma Suprema, se hace referencia a la aplicación directa de todos los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, incluso los no ratificados (bloque de constitucionalidad).¹⁴⁴

Se está pues ante un caso de antinomia en la propia Constitución, la misma que, apelando al principio *pro homine* se considera debería ser resuelta como más favorezca a la vigencia de los derechos fundamentales, en cada caso concreto.¹⁴⁵

144La Constitución de 2008 en su artículo 11 al regular lo relativo al ejercicio de los derechos afirma: “**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

145Al respecto, el artículo 427 de la Constitución afirma: “Art. 427.- Las normas constitucionales se

III.- EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE TRATADOS INTERNACIONALES: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

Normalmente, las constituciones dedican algunos artículos a la regulación de los tratados internacionales. Sin embargo, pocas lo hacen de forma adecuada. Muchos son los casos en los que se encuentran disposiciones ambiguas, inconvenientes o demasiado enunciativas que vuelven complejo el asunto de determinar si los tratados internacionales se someten o no a un examen de constitucionalidad, y cuál es la modalidad de control constitucional a la que deben regirse.

El recorrido por las constituciones de todos los Estados puede significar una labor demasiado amplia, es por ello que en este apartado el estudio se centrará en un análisis de las cartas políticas de Bolivia y Perú.¹⁴⁶ Se iniciará con un estudio del papel de las funciones ejecutiva y legislativa, incluida la posibilidad de la participación de la población en el proceso de formación de tratados o convenios internacionales, para finalizar poniendo énfasis en el control constitucional de tratados internacionales.

1.-El proceso de formación de tratados internacionales: las funciones ejecutiva y legislativa.

Al igual que en el caso del Ecuador, el actual sistema constitucional de Perú posiciona la facultad de dirección de la política exterior y con ello la *celebración* de

interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

¹⁴⁶ La Constitución Política del Estado Plurinacional de **Bolivia**, fue aprobada por referéndum el 25 de enero de 2009, fue emitida el 7 de febrero del mismo año y su publicación consta en la Edición NCPE de la Gaceta Oficial de fecha 9 de febrero del mismo año. La Constitución de la República del **Perú** fue aprobada por referéndum el 31 de octubre de 1993, y entró en vigencia el 30 de diciembre del mismo año, fecha en que fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano*.

tratados internacionales en manos del Presidente de la República. Al respecto, el numeral 11 del artículo 118 de la Norma Fundamental señala: Corresponde al Presidente de la República: 11. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados. La disposición constitucional que contiene este mandato es lo suficientemente clara como para no dejar duda acerca de su sentido.

El caso que merece especial atención es el de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, cuyo artículo 172.5 establece:

Artículo 172. Son atribuciones de la Presidenta o del Presidente del Estado, además de las que establece esta Constitución y la ley:

5. Dirigir la política exterior; suscribir tratados internacionales; nombrar servidores públicos diplomáticos y consulares de acuerdo a la ley; y admitir a los funcionarios extranjeros en general.

La redacción del artículo 172.5, es coincidente con el caso peruano al establecer para el Presidente la facultad de dirigir las relaciones internacionales y *suscribir* tratados internacionales. Sin embargo, excluye para el Ejecutivo la potestad de *ratificar* los mismos. Precisamente para la Constitución boliviana la facultad del Ejecutivo en cuanto a los tratados internacionales llega únicamente hasta la fase de autenticación del texto, la ratificación del mismo corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional.¹⁴⁷

El fundamento de dividir el proceso de celebración, incluso en el ámbito internacional, entre las funciones ejecutiva y legislativa puede deberse a la intención de imponer contrapesos que eviten la concentración de poder del Ejecutivo en este sentido. Sin

¹⁴⁷Al respecto, la Constitución de Bolivia, en su artículo 158, dentro de las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional señala: “**Artículo 158.** I. Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley: **14.** Ratificar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, en las formas establecidas por esta Constitución”.

embargo es de considerar que ello puede provocar conflictos en el ejercicio de su potestad de dirigir la política exterior del Estado, de la cual el tratado internacional es el instrumento jurídico por excelencia¹⁴⁸ ya que únicamente podría autenticar su texto pero no ratificarlo.

A este respecto, cabe manifestar que la opción adoptada por la Constitución de Bolivia no parece ser la más acertada por cuanto la función legislativa representa al pueblo y es el Ejecutivo el llamado a representar al Estado como Jefe de Estado y de Gobierno responsable de la administración pública. Así lo confirma la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuando al referirse a las personas facultadas para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado internacional incluye en su articulado al Jefe de Estado y Jefe de Gobierno y omite la referencia al órgano parlamentario.¹⁴⁹

Por lo tanto, la actual Constitución boliviana estaría vulnerando lo contenido en el instrumento internacional descrito anteriormente, trayendo consigo consecuencias negativas en el proceso de celebración de tratados internacionales, ya que al instituir un sistema que no observa lo contenido en la norma internacional que regula este asunto, los demás miembros de la comunidad internacional podrían omitir relacionarse con este Estado por considerarlo infractor de normativa internacional.

Dejando de lado la inconveniencia de poner en manos del órgano de la función legislativa la ratificación de tratados internacionales, cabe referirse a otro aspecto relevante del sistema boliviano, esto es la exigencia de dos requisitos que se deben cumplir antes de que tenga lugar la ratificación del tratado internacional, estos son la aprobación del mismo por parte de la población boliviana y el requerimiento de la declaración constitucional

148 Darío Villarroel Villarroel, *Derecho de los tratados en las constituciones de América*, op. cit., p. 115.

149 Artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

acerca del contenido del tratado emitido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, mismo que es materia del apartado siguiente.

En relación con el primer asunto, el artículo 257 de la Norma Suprema establece el requerimiento de contar con la aprobación de la población, mediante referendo popular, previa la ratificación de ciertos tratados internacionales, los que citados a manera de lista positiva abarcan las siguientes temáticas: 1) cuestiones limítrofes; 2) integración monetaria; 3) integración económica estructural; y, 4) cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración.

Así, la participación de la población se erige como un requisito obligatorio para los tratados internacionales que versen sobre los temas descritos anteriormente, pudiendo adolecer de nulidad constitucional la ratificación de un tratado que, estando inmerso en esos ámbitos, no haya sido objeto de referéndum.

Conforme la norma *ibídem*, el resultado del referéndum es vinculante para la Asamblea Legislativa Plurinacional, es decir, es de obligatorio cumplimiento. Si el resultado del referendo fuera negativo respecto al contenido del tratado internacional, éste no se puede ratificar.

Afirmación cuestionable ya que pone en duda la seriedad de las fases de negociación y autenticación del texto del tratado, llevadas a cabo previamente por el Ejecutivo. Con ello no se quiere llegar al extremo de negar toda participación a la población, pero sí que la misma no puede ser la regla general sino que se debe reservar para los asuntos de mayor complejidad, en la que existan disparidades entre los puntos de vista de los funcionarios involucrados (ejecutivo y legislativo) o que pueda afectar

considerablemente los derechos consagrados en la Constitución, puesto que de por medio ha existido un largo proceso de acuerdos y demás compromisos adoptados por el Estado frente a una comunidad internacional que exige seriedad en los pronunciamientos estatales.

A más del caso descrito anteriormente, la Constitución de Bolivia contempla otro supuesto conforme el cual cualquier tratado, aunque no verse sobre los asuntos constantes en el artículo 257, requerirá la aprobación de la población por referéndum: cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Iguales mecanismos se pueden utilizar para solicitar al Ejecutivo la suscripción de un tratado internacional.¹⁵⁰

Esta modalidad de control directo de la población en el proceso de formación de tratados internacionales, ha sido objeto de varios cuestionamientos doctrinarios, entre otras cosas, por:

[...] la falta de preparación del pueblo para expresar un juicio responsable sobre temas tan delicados; los inconvenientes de pechar con una opinión pública dividida, incluso manipulada, a la que no puede llegar toda la información pertinente; la suficiencia del pronunciamiento de los representantes que han recibido un mandato popular sujeto a una periódica responsabilidad política; el protagonismo en la calle que se concede a grupos extraparlamentarios radicales con apoyo en las urnas; la complejidad de la consulta; el retraso en la conclusión del tratado internacional [...].¹⁵¹

150Al respecto, el inciso primero del artículo 259 de la Constitución de Bolivia señala: **Artículo 259. I.** Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado.

151Antonio Remiro Brotóns, “Derecho internacional Público. II. Derecho de los Tratados”, op. cit., p. 140

Argumentos estos que son considerados acertados sobre todo si se tiene en cuenta que a través de él es muy difícil llegar a obtener la verdadera voluntad de la población, que muchas veces no está adecuadamente informada al respecto lo que impide que su voto no sea cien por ciento razonado, y obedezca más a impulsos o impresiones que se tienen del gobierno, que a consideraciones técnicas acerca del contenido del tratado.

Volviendo al tema de la participación del órgano parlamentario, cabe manifestar que la Constitución del Perú impone el requerimiento de contar con la aprobación del parlamento en el proceso de formación de tratados internacionales aunque su intervención parte de un ámbito distinto al caso boliviano.

En el caso de la República del Perú, la participación del Congreso Nacional está contemplada en el artículo 102.3¹⁵² que le atribuye la facultad de aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.

Así, se requiere la intervención del parlamento siempre que los tratados versen sobre los siguientes asuntos: 1) derechos humanos; 2) soberanía, dominio o integridad del Estados; 3) defensa nacional; 4) obligaciones financieras del Estados; 5) creación, modificación o supresión de tributos; 6) los que exigen modificación o derogación de alguna ley; y, 7) los que requieren medidas legislativas para su ejecución.¹⁵³

152El artículo 102.3 de la Norma Suprema peruana establece: “**Artículo 102°.** Son atribuciones del Congreso: 3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución”.

153El artículo 56 de la Constitución del Perú manifiesta: “**Artículo 56.-** Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estados. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estados. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”.

Aunque las temáticas que activan la participación del órgano parlamentario en la celebración de los tratados internacionales están expresamente descritas en la Norma Suprema peruana, es de resaltar que debido a la abstracción de esta norma se vuelve imperioso contar con un órgano encargado de resolver si el contenido de un tratado internacional se enmarca o no dentro de estos siete supuestos, caso contrario la apreciación del contexto general de un tratado se vuelve un proceso muy subjetivo que en última instancia podría desvirtuar el objetivo de la participación del parlamento y permitir su intervención ilegítima en el proceso.

Por otro lado, la Constitución peruana establece que para aquellos casos en los que el tratado internacional no verse sobre los asuntos descritos anteriormente (aquellos que requieren aprobación por parte del Congreso) y *afecte* disposiciones constitucionales, igualmente se necesitará la anuencia del parlamento aplicando el mismo procedimiento que se requiere para las reformas constitucionales.¹⁵⁴ Por lo tanto, si bien en principio la intervención del Congreso para aprobar tratados se requiere únicamente en los supuestos del artículo 56 indicados previamente, éste deberá participar siempre que esté de por medio una afectación a la Norma Suprema. Término demasiado subjetivo que permitiría en todo caso, manipular su interpretación con el fin de lograr la intervención del parlamento aún cuando en estricto sentido no debería, pues en muchos casos el contenido de un tratado internacional va a afectar la Norma Suprema, pero no necesariamente en sentido negativo pues podría de hecho ampliar su alcance. Cuestiones estas que no han sido consideradas por la normativa peruana.

¹⁵⁴El artículo 206, inciso primero prevé que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum.

Un punto que cabe aclarar respecto del sistema peruano es que la potestad de aprobar tratados internacionales no es exclusiva del Congreso pues la Constitución contempla la posibilidad de requerir la misma por referéndum. Ello en mérito del artículo 32, numeral 2¹⁵⁵ de la Constitución que contiene la posibilidad de someter a referéndum la aprobación de normas con rango de ley, entre las que se encuentran los tratados internacionales, conforme el artículo 200.4 del mismo cuerpo normativo.¹⁵⁶

Respecto a esta posibilidad se debe considerar que “[...] el sometimiento del tratado internacional al mencionado mecanismo de democracia semidirecta (referéndum) sólo puede configurarse en el supuesto de que dicho instrumento se encuentre en trance de aprobación, pues la propia Ley Fundamental proscribiera esa posibilidad cuando se refiere a “tratados internacionales en vigor” (art. 32, *in fine*)”.¹⁵⁷ Lo cual es lo más acertado pues una vez que un tratado ha sido ratificado, el pronunciamiento de la población perdería sentido ya que el Estado habría adoptado un compromiso internacional válidamente y la anuencia del pueblo no serviría para modificar lo previamente pactado. Igualmente es de resaltar que la normativa peruana acierta al expresar claramente la fase de la celebración del tratado que se podría ejecutar por referéndum: *la aprobación* que corresponde a la fase interna que cada Estado es libre de regular como mejor le parezca, evitando con ello vulnerar lo contemplado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como ocurre

155El artículo 32.2 de la Constitución peruana establece: “**Artículo 32°.** Pueden ser sometidas a referéndum: 2.La aprobación de normas con rango de ley”.

156El artículo 200 de la Constitución peruana señala: “**Artículo 200°.** Son garantías constitucionales: 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

157Victor Bazán, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*, op. cit., p. 54.

con el caso boliviano, así como interpretaciones diversas como en el caso ecuatoriano por la deficiente redacción de la disposición constitucional respectiva.

2.- El control constitucional de tratados internacionales en las constituciones de Bolivia y Perú.

El control constitucional de tratados internacionales es un punto de especial interés en este estudio por lo que más allá de las similitudes y divergencias que puedan presentar los sistemas constitucionales pertinentes, se considera necesario estudiar el asunto de manera puntual país por país.

Respecto a la participación del máximo órgano de control constitucional, la Carta Magna de Bolivia señala de manera expresa la facultad del Tribunal Constitucional Plurinacional:

Artículo 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:
9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.

De lo expuesto se deduce que se está ante la presencia de un sistema que acoge el control previo de constitucionalidad. En efecto, el Tribunal está obligado a dictaminar el contenido del tratado de manera preventiva a su ratificación por la Asamblea Legislativa Plurinacional, cuestión que ejerce sobre todos los instrumentos internacionales que celebre el Estado de Bolivia. Este requerimiento tiene su origen en la necesidad de vigilar la

supremacía de la Constitución, la misma que según el artículo 410,¹⁵⁸ goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa del ordenamiento jurídico boliviano.

El numeral 9 del artículo 202 es desarrollado por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional¹⁵⁹ publicada en la Gaceta Oficial, Edición 149 NEC, de 26 de julio de 2010 que entre otras cosas, regula lo relativo al control constitucional previo de tratados internacionales. En tres artículos, del 149 al 151, la norma desarrolla el procedimiento que se debe observar para que el Tribunal emita su declaración constitucional.

Así, el artículo 149 afirma textualmente:

Art. 149.- Cuando en los tratados o convenios internacionales exista duda fundada sobre su constitucionalidad, la Presidenta o el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, con resolución expresa, enviará el mismo en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional antes de su ratificación.

158 El artículo 410 de la Constitución de la República Boliviana afirma: “**Artículo 410.** I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1.- Constitución Política del Estado; 2.- Los tratados internacionales; 3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena; 4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”.

159 Respecto a ésta ley, se debe considerar que los Magistrados y Magistradas del Tribunal Constitucional Plurinacional aún no han sido designados conforme manda la Constitución en su artículo 198, y por lo tanto el propio Tribunal Constitucional actual, ha sostenido en varias ocasiones, que la norma carece de vigencia ya que en rigor el Tribunal Constitucional Plurinacional aún no existe. Es por ello que mediante las leyes 003 y 40 se ha determinado un período de transición para el Tribunal Constitucional actual en donde se señalan sus competencias respecto a los procesos constitucionales iniciados antes de la vigencia de la nueva Constitución. Bajo estas consideraciones un estudio de la Vicepresidencia del Estados Plurinacional de Bolivia sostiene la vigencia de algunos de sus artículos y de otros no, entre los que se encuentran los relacionados con el control previo de constitucionalidad. Sin embargo, dado que la ley 027 ha cumplido con todos los requisitos constitucionales para entrar en vigencia, y a efectos de este trabajo, se estudiará lo contemplado en la ley 027 que regula el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, aclarando que su contenido, en este tema, es exactamente igual al de la Ley 1836 publicada en la Gaceta Oficial del 1 de abril de 1998, antecedente legislativo de la ley 027.

De lo cual se puede deducir que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales requiere como supuesto básico la existencia de una *duda fundada sobre su constitucionalidad*, lo que permite afirmar que el control constitucional no es obligatorio ni automático ya que depende de la consideración de un órgano ajeno al Tribunal, la Asamblea Legislativa y concretamente su Presidente, el someter un tratado a la revisión de constitucionalidad atribuida al primero.

Una vez que el Tribunal ha recibido la consulta, éste tiene treinta días para emitir su Declaración Constitucional en la que absuelve el requerimiento de la Asamblea Legislativa Plurinacional.¹⁶⁰ La resolución emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional es de carácter vinculante y determina si el parlamento puede o no ratificar un tratado internacional en su totalidad o si lo hace con reservas.¹⁶¹

Las consideraciones descritas anteriormente permiten inferir que el sistema constitucional boliviano, además de desnaturalizar la participación del legislativo en la celebración de tratados internacionales, carece de un sistema de control constitucional apropiado ya que si bien contempla la modalidad preventiva del mismo, considerado el más idóneo, lo estatuye para todos los casos, sin considerar que existen diversidad de tratados

160Al respecto, el artículo 150 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional señala: “**Art. 150.-** Recibida la consulta, el Tribunal Constitucional Plurinacional dispondrá la citación de la Ministra o el Ministro de Relaciones Exteriores en representación del Órgano Ejecutivo, con noticia del requirente, a fin de que exprese en el término de quince días su opinión fundada sobre la consulta. El Tribunal Constitucional Plurinacional, en el término de treinta días, emitirá Declaración Constitucional”.

161El artículo 151 de la misma ley, por su parte afirma: “**Art. 151.-** 1) Si el Tribunal Constitucional Plurinacional declarare que el tratado o convenio es contrario a la Constitución Política del Estados no podrá ser ratificado. 2) En el caso de tratados o convenios multilaterales, la declaración de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva que refleje la decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional. 3) La declaración tendrá efecto vinculante”.

internacionales que no requieren ser objeto de un control constitucional (tratados ejecutivos y tratados derivativos) y que este requerimiento solo complejizará indebidamente la potestad del Estado boliviano de obligarse por un tratado. Así mismo la interpretación que la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional da al artículo 202 de la Norma Suprema atenta contra su contenido, ya que restringe ilegítimamente el rol de este importante órgano de control constitucional y hasta cierto punto retoma el principio de *soberanía parlamentaria* que no trajo buenas consecuencias para el sistema ecuatoriano.

Por lo tanto el sistema de control constitucional de tratados internacionales, así como la regulación de la fase intermedia del proceso de su celebración adolece de serios inconvenientes que impiden llevar las relaciones internacionales al ritmo que el desarrollo actual de las mismas requiere, además tampoco garantiza la supremacía constitucional pues deja en manos de un órgano netamente político la consideración de si un tratado debe o no ser sometido a control constitucional.

Por su parte, el control constitucional de tratados internacionales en Perú se caracteriza por la existencia de un conglomerado disperso de normas que deben ser interpretadas de manera sistemática para comprender a cabalidad cómo funciona el control constitucional de tratados internacionales en el Perú.

El control de constitucionalidad está atribuido al Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución. El artículo 202 establece como competencia de éste conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad, la cual procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, *tratados*,

reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.¹⁶²

De ello se deduce que la única modalidad de control constitucional a la que se someten los tratados internacionales en el sistema peruano es el control *a posteriori* o represivo, cuestión que podría generar inconvenientes para el Estado, por cuanto, una vez que se declara mediante sentencia la inconstitucionalidad de la norma y que ésta ha sido publicada en el Diario Oficial, éste quedaría sin efecto.¹⁶³

En ese caso al Estado peruano le correspondería proceder a la denuncia o terminación del tratado siguiendo el procedimiento previsto en él o, en su caso, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a partir del artículo 54. Optativamente podría proceder a la reforma de su Constitución, aunque ello produciría graves inquietudes respecto a la verdadera supremacía de la Carta Fundamental, pues cada vez que un tratado internacional sea declarado inconstitucional, se podría optar por reformar la Constitución. Se debería analizar en cada caso cuál es el camino que menos vulnera la Norma Suprema y los derechos de las personas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado sobre la necesidad de establecer el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales.

162Así lo señala el artículo 200 en su numeral 4: “**Artículo 200.-** Son garantías constitucionales: 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

163Artículo 204 de la Constitución de Perú: “**Artículo 204°.** La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

Así lo establece en su sentencia EXP. N° 00002-2009-PI/TC, de fecha 5 de febrero de 2010, respecto de un recurso de inconstitucionalidad:

Así, el que la práctica de la aprobación de los tratados por el Estados peruano sea por la vía de los tratados leyes o de los tratados administrativos, debería ser materia de un control constitucional previo a su entrada en vigencia, a efectos de crear certeza y predictibilidad en el proceso de formación del tratado internacional, lo que generará obligaciones y derechos firmes para el Estados¹⁶⁴

Efectivamente, la necesidad de contar con un control constitucional que asegure por un lado la coherencia del ordenamiento jurídico peruano, y por otro el respeto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, exige imperiosamente una reforma constitucional que disponga la sujeción de los tratados internacionales a un modelo de control *previo* de constitucionalidad, y permita además establecer aquellos casos en los que se podría optar por la figura actual de la inconstitucionalidad, en caso de que un tratado a pesar de haber aprobado los filtros constitucionales resulte lesivo para los derechos consagrados en su texto o para los intereses del Estado peruano.

Finalmente y a manera de corolario se puede afirmar que el análisis de la normativa comparada ha permitido establecer aquellos puntos en los que existe uniformidad y disparidad en los ordenamientos jurídicos analizados.

En cuanto a la potestad del Presidente de la República, los sistemas constitucionales de Bolivia, Perú y Ecuador coinciden en atribuirle la participación en la negociación y adopción del texto del tratado internacional. Sin embargo, En el primer caso, y

¹⁶⁴Recurso de inconstitucionalidad, EXP. N.º00002-2009-PI/TC, de fecha 5 de febrero de 2010, Tribunal Constitucional; p. 20.

desvirtuando el rol del Ejecutivo como representante del Estado y del gobierno y lo establecido en el derecho internacional, reserva la ratificación de los tratados para el órgano parlamentario, mismo que como órgano político no le corresponde el análisis de todos los asuntos que deben observarse antes de obligar al Estado por un instrumento internacional. Situación que en el caso ecuatoriano y peruano se establece para el Ejecutivo.

Respecto al alcance de la participación parlamentaria, las constituciones de Perú y Ecuador acertadamente señalan a manera de lista positiva los casos en los que se requiere su anuencia previa la ratificación de un tratado. Sin embargo, en la constitución del Perú erróneamente no se verifica la autoridad llamada a señalar cuándo un tratado ajusta o no su contenido a los supuestos señalados, lo cual permite la ratificación de diversos instrumentos que, estando inmersos en los siete supuestos, no hayan sido aprobados por el órgano legislativo pues se consideró convenientemente que no lo estaban. En el Ecuador ello está atribuido a la Corte Constitucional.

Finalmente en cuanto al control constitucional de los tratados internacionales, las constituciones de Bolivia y Ecuador guardan uniformidad al optar por el control *previo* de constitucionalidad, como un mecanismo preventivo que impediría la vigencia, en los ordenamientos jurídicos estatales, de normas internacionales que atenten o vulneren el contenido de la constitución en su calidad de Norma Suprema. Sin embargo, en el caso de Bolivia éste se ve limitado a la existencia de una *duda fundada* que desvirtúa el sentido de la norma, pues la constitucionalidad de un instrumento que va a formar parte del ordenamiento jurídico de un estado no puede estar limitada a la existencia de una *duda fundada*, especialmente si la inquietud proviene del representante del organismo político

por excelencia, el cual, por la naturaleza de sus funciones, podría perder de vista ciertas disposiciones que vulneran la Constitución y que sólo un análisis constitucional especializado permite verificar.

Para la Carta Magna de Perú el asunto no es menos complejo, de hecho una interpretación sistemática de normas es la que ha permitido incluir a los tratados internacionales como objetos de un control represivo de constitucionalidad, sin que la Norma Fundamental lo señale expresamente. Cuestión que se considera del todo inconveniente pues, con la cantidad de instrumentos internacionales que surgen cada día no es adecuado para un Estado dejar desprotegida la supremacía de su Constitución, permitiendo que normas que ni siquiera han sido sometidas a un examen de constitucionalidad formen parte de su ordenamiento jurídico y sean además de obligatorio cumplimiento por sus habitantes. Además coloca al Estado en una posición compleja ya que por un lado debe cumplir con los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, y por otro, debe velar por la supremacía de su constitución. Puntos contradictorios por cuanto la observación del uno implica la vulneración del otro. Es por ello que la doctrina de este país en general, se ha inclinado por la necesidad de una reforma constitucional que permita el examen de constitucionalidad de tratados internacionales previa su ratificación. Con ello se guarda coherencia en el ordenamiento jurídico y se impide que el Estado sea sujeto de responsabilidad internacional por violentar principios del Derecho Internacional, e incumplir obligaciones adquiridas.

Finalmente cabe referirse a la participación ciudadana en el proceso de formación de tratados internacionales, la cual está presenta en Bolivia, Ecuador y Perú. La Constitución

de Bolivia, desnaturalizando los roles de las distintas funciones, atribuye a la población para aprobar o improbar ciertos tratados internacionales previa su ratificación por la Asamblea Legislativa Plurinacional, lo cual exagera las inconvenientes que de por sí tiene este mecanismo de participación pues la población obligada a votar no tiene el conocimiento especializado que se requiere para aprobar un tratado internacional. La participación ciudadana no se refiere únicamente a la posibilidad de dar votos en las urnas sino en poder elevar la voz y que ésta sea considerada.

Por su parte la Norma Suprema del Perú contempla la participación de la ciudadanía en la aprobación de los tratados internacionales, lo cual se ajusta correctamente a lo que se busca con esa participación, ya que el Ejecutivo antes de ratificar un tratado internacional deberá tener en cuenta el pronunciamiento de la población, pero además tiene los conocimientos necesarios para dilucidar si el pronunciamiento de la ciudadanía responde a verdaderas inquietudes o a manejos políticos.

En el caso del Ecuador, la normativa adolece de cuestionados inconvenientes que no permiten establecer claramente el alcance de la norma, provocando serias confusiones que podrían actuar en desmedro de la participación ciudadana y principios del derecho internacional. Por lo que urge contar con una interpretación normativa que resuelva estas inquietudes y permite establecer el verdadero sentido y alcance de la norma.

Para concluir se puede afirmar que la consideración de la Constitución como norma suprema no debe ser relativizada a pesar de la cantidad de tratados internacionales que celebran los estados. La idea de dotar a la Norma Suprema de obligatoriedad incluso frente a normas convencionales es de vital importancia por cuanto la constitución es la expresión

soberana de un pueblo que busca establecer los valores, principios y reglas que regirán su vida en comunidad y que tiene como fin la vigencia de los derechos que requiere una sociedad determinada, no la de intereses transnacionales que velan por el bienestar de unos pocos en desmedro de la mayoría.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El estudio realizado a la figura del control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, plasmado a lo largo de este trabajo, permite llegar a las siguientes conclusiones:

- La vertiginosidad con la que avanzan las relaciones internacionales exige, como nunca antes, que los Estados se ocupen de contar con una normativa clara y suficiente que regule su comportamiento a nivel internacional. Si bien es necesario que los principales postulados que encaucen el comportamiento del Estado a nivel internacional consten en la Constitución como norma fundamental, se advierte la necesidad de contar con una norma legal, reglamentaria u otra, que se ocupe de desarrollar esos preceptos, desde la autoridad o autoridades competentes para llevar adelante cada una de las fases que integran el proceso de formación de tratados internacionales, hasta la posibilidad de someter los mismos a un control de constitucionalidad.

En el caso del Ecuador, a pesar de la existencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que se ocupa de regular todo lo relativo al control constitucional de tratados internacionales, es latente el requerimiento de contar con una ley que desarrolle el Título VIII de las Relaciones Internacionales de la Constitución, en donde se resuelvan las inquietudes que ha provocado el contenido de la Carta Magna, por ejemplo es necesario esclarecer el significado de los términos, que siguiendo los postulados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, han sido utilizados para denotar las facultades de una u otra función, se hace referencia a los términos “ratificar” y “aprobar” utilizados como sinónimos en la Constitución, o la ambigua redacción del artículo 420 y la

posibilidad de solicitar la ratificación de tratados internacionales por referéndum que permite más de una interpretación.

-El análisis histórico de las constituciones que se han promulgado en el Ecuador permite colegir que la regulación de un control constitucional de tratados internacionales ha sido deficiente a lo largo de estos casi 200 años. Las constituciones del siglo XIX y mitad del siglo XX no cuentan siquiera con disposiciones constitucionales que regulen algo al respecto, cuestión que no se debe a una omisión o descuido del constituyente sino más bien al entorno internacional de la época que no exigía la existencia de un sistema normativo internacional sino basaba las relaciones en ese ámbito en tratados de amistad y comercio considerados de poca importancia a nivel interno. Por su parte las constituciones de la segunda mitad del siglo XX adolecen de errores conceptuales importantes, por ejemplo no existe una verdadera comprensión de lo que implica la supremacía de la Constitución, ni de los mecanismos que deben implementarse para garantizarla. Así mismo la reglamentación del Ecuador en el ámbito internacional es mínima, lo que provocaba que el Ejecutivo tenga amplios y absolutos poderes a la hora de obligar al Estado por un tratado internacional. La ausencia de un verdadero control de constitucionalidad de tratados internacionales dio lugar a la vigencia de instrumentos internacionales que violentaban la Constitución, véase el caso del “Acuerdo de cooperación sobre el uso y acceso a la Base de la Fuerza Aérea ecuatoriana en la ciudad de Manta”.

- La Constitución de 2008 vigente, ha pretendido resolver todos aquellos errores que acogían las constituciones pasadas, sin embargo, resulta demasiado detallista cuestión que no siempre se considera una ventaja. En un intento por proteger el contenido de la

Constitución y sobre todo los derechos fundamentales, la Norma Suprema ecuatoriana obvia la consideración del actual panorama internacional, en el que los Estados son cada vez más inter dependientes, y en el cual el Ecuador forma parte de un organismo supranacional como lo es la Comunidad Andina.

Específicamente respecto a la regulación del control constitucional de tratados internacionales, se considera óptima la solución que ha dado la Norma Suprema de 2008, instituyendo el control *a priori* como el general, pero permitiendo un control represivo en para aquellos tratados que no se someten a la aprobación previa por parte del órgano de la función legislativa. Ello permite que la supremacía constitucional sea efectivamente garantizada ya que por un lado se cuenta con una revisión previa que impide o filtra la entrada en vigencia de tratados internacionales que vulneren la Constitución, y por otro con una revisión represiva que lo que busca es identificar aquellos instrumentos que violentan la Constitución con el fin de que se proceda a su denuncia, terminación, o cualquier otro mecanismo válido de finiquito de un tratado internacional.

-La actual normativa constitucional con la que cuentan los Estados analizados (Bolivia y Perú) permite señalar las divergencias existentes entre estos sistemas jurídicos. Por un lado Bolivia acoge la modalidad de control constitucional *a priori* para los tratados internacionales, en cambio la normativa constitucional peruana ha optado por la modalidad de control represivo. Al respecto, se considera oportuno establecer la necesidad de armonizar la legislación al menos a nivel Andino con el fin de evitar inconvenientes de derecho interno que obstaculicen por ejemplo tratados de integración latinoamericana, ya que si los sistemas son paritarios la adopción de compromisos internacionales se facilita.

-Una cuestión que vale la pena mencionar es que ninguna de las constituciones analizadas, esto es la de Bolivia, Ecuador y Perú regula la posibilidad de someter a un control de constitucionalidad a otros instrumentos internacionales distintos de los tratados internacionales, verbigracia las decisiones de organismos internacionales de los cuales forman parte. Lo cual se considera hasta cierto punto un acierto ya que el momento en el que el Estado ha aceptado ser parte de un organismo internacional, se entiende que el tratado constitutivo ya ha sido objeto de un análisis de constitucionalidad, con lo cual no tendría sentido someter a un control constitucional normas emanadas de ese tratado. Sin embargo, en el caso ecuatoriano se debe recalcar que muchos de los tratados de organismos internacionales fueron ratificados cuando estaba en vigencia una Constitución que adolecía de un muy cuestionable sistema de control constitucional. Por ello se debería optar por una depuración de los tratados celebrados por el Ecuador para analizar su pertinencia bajo el nuevo parámetro constitucional, sin dejar de lado la consideración de que se debe evitar caer en responsabilidad internacional por incumplimiento de obligaciones válidamente adquiridas.

-Finalmente, vale recalcar que el considerar a la Constitución como parámetro que regula la actuación internacional de Estado es fundamental ya que es ella el instrumento en el que se plasman las verdaderas necesidades de los seres humanos, cuestión que muchas veces la comunidad internacional deja de lado.

ANEXOS

ANEXO I

BREVE ANÁLISIS DEL ACUERDO DE COOPERACIÓN SOBRE EL USO Y ACCESO A LA BASE DE LA FUERZA AEREA ECUATORIANA EN LA CIUDAD DE MANTA.

1.- Antecedentes:

La “lucha contra las drogas” ha constituido, desde siempre, uno de los objetivos primordiales de los gobiernos de varios países. El tráfico ilícito de drogas, ha llevado a los Estados a celebrar diversos instrumentos internacionales en aras de poner fin a éste serio problema.

Es así que, en el año de 1999, los gobiernos de los Estados Unidos de América y el de Ecuador acordaron la firma de un Acuerdo de Cooperación que permitía al primero la utilización de la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana “Eloy Alfaro” ubicada en la ciudad de Manta, como un puesto de operaciones militares avanzadas, con “el único y exclusivo propósito de llevar adelante operaciones aéreas de detección, monitoreo, rastreo y control de actividades ilegales del tráfico aéreo de narcóticos”¹⁶⁵.

El presente acuerdo fue suscrito el 12 de noviembre de 1999 y publicado en el Registro Oficial Nro. 340, del 16 de diciembre de 1999. En representación de la República del Ecuador, el acuerdo fue firmado por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Doctor Benjamín Ortiz Brennan junto con el ex Presidente de la Comisión Especializada de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional del Congreso Nacional, Heinz Moeller; y en

¹⁶⁵Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América, de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos, artículo II, Quito, 1999.

representación de los Estados Unidos, el negociador especial para asuntos del hemisferio occidental Richard C. Brawn.

La ratificación del acuerdo tuvo lugar el 16 de diciembre de 1999, por el ex presidente del Ecuador, Dr. Jamil Mahuad Witt.

2.- Consideraciones:

El “Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos” fue objeto de diversos cuestionamientos que tienen que ver con el proceso de ratificación del mismo.

Conforme la Constitución vigente en 1998, la ratificación de los tratados internacionales requería la aprobación previa del Congreso Nacional si versaba sobre cualquiera de los temas contemplados en su artículo 161. Pero además, para que el órgano de la Función Legislativa emita su resolución necesitaba contar con el pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del contenido del tratado.

Los casos a los que se refiere el artículo 161, versan sobre: (1) materia territorial o de límites; (2) establecimiento de alianzas políticas o militares; (3) compromiso del país para acuerdos de integración; (4) atribución a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; (5) derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y (6) que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

En el caso en análisis, el contenido del Acuerdo tenía relación con dos de los temas señalados en el artículo 161, ya que establecía una alianza militar y política y se refería a derechos fundamentales de las personas.

Con respecto a la primera, es necesario tener en cuenta que el Acuerdo tenía como objetivo una alianza política y militar que permita la detección de actividades aéreas relacionadas al tráfico ilícito de drogas. Se trata de una asociación política por cuanto los lineamientos que rigen el gobierno de ambos países, se basa en la concepción del tráfico ilícito de drogas como un problema mundial que merece la preocupación y la “lucha” conjunta de los Estados, además de la decisión gubernamental de compartir responsabilidades con el objetivo de asegurar una acción integral y equilibrada, teniendo en cuenta las capacidades y los recursos nacionales disponibles.¹⁶⁶

En cuanto a la alianza militar, es necesario afirmar que en el texto del Acuerdo se hace mención expresa a los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos que se trasladarán a Ecuador con el fin de cumplir con lo acordado¹⁶⁷. Adicionalmente a ello, se regula de manera detallada qué se entiende por “personal militar”, el régimen legal al cual se debe ajustar ese personal y las exenciones normativas aplicables a los servidores estadounidenses en el ejercicio de sus funciones. Finalmente, la consideración del Acuerdo como un texto que contiene una alianza militar se deduce del lugar desde donde se llevarían a cabo las operaciones: una base de la Fuerza Aérea que forma parte de las Fuerzas Armadas ecuatorianas.

¹⁶⁶ *Ibíd*em, considerando segundo.

¹⁶⁷ *Ibíd*em, artículo I.

Por otro lado, la relación que guarda el contenido del Acuerdo con el numeral 5 del artículo 161 de la Constitución se evidencia a lo largo del texto y en especial en el artículo XIX que señala:

Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República del Ecuador renuncian a cualquier reclamación entre sí, aparte de las reclamaciones contractuales, por concepto de daño, pérdida o destrucción de bienes gubernamentales a consecuencia de actividades relacionadas con este Acuerdo, o por concepto de lesiones o muertes sufridas por el personal de cualquiera de los dos Gobiernos en el desempeño de sus obligaciones.

Conforme la disposición transcrita, es clara la importancia de su texto por cuanto está regulando derechos fundamentales como el derecho a la vida y el derecho a la propiedad. Al limitar el reclamo, limita la garantía a éstos derechos, por lo que se ajusta perfectamente al supuesto del numeral 5 del artículo 161.

A pesar de éstas consideraciones, el 9 de noviembre de 1999 en sesión extraordinaria, la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales y de Defensa Nacional, presidida por Heinz Meller, los Ministros de Relaciones Exteriores y Defensa, y el Alto Mando Militar, resolvió “hacer conocer al Presidente del Congreso Nacional su recomendación para que el Acuerdo en cuestión sea remitido al Ejecutivo para su debida suscripción”¹⁶⁸.

¹⁶⁸Informe de la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales y de Defensa Nacional del Congreso Nacional para el “Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América, de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos”, Quito, 1999.

Esa decisión tuvo como fundamento, entre otros, la consideración de que el proyecto de Acuerdo no se enmarcaba en ninguno de los seis numerales previstos en el artículo 161 de la Constitución de la República.

Con ello se dio luz verde a la firma del Acuerdo el 12 de diciembre de 1999.

3.- Demandas de inconstitucionalidad del Acuerdo

La firma del Acuerdo de la Base de Manta provocó la interposición de varias demandas¹⁶⁹ de inconstitucionalidad que atendían a violaciones de forma y de fondo que se habían observado en el procedimiento interno que se siguió para manifestar el consentimiento del estado en obligarse por el tratado, y relativas al contenido del mismo.

Como se manifestó anteriormente, la firma del Acuerdo se dio sobre la base de que la entidad encargada de dictaminar si un tratado se enmarcaba o no en los numerales del artículo 161 de la constitución, la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales y de Defensa Nacional del Congreso Nacional, afirmó que éste no debía considerarse incluido en ellos, y por lo tanto no se requería aprobación previa del congreso ni dictamen de constitucionalidad del entonces Tribunal Constitucional. Cuestión del todo falsa ya que, de acuerdo a las afirmaciones expuestas anteriormente, éste instrumento se refería a los asuntos contenidos en los numerales 2 y 5 del artículo 161 de la constitución de 1998.

¹⁶⁹La demanda signada con el número 032-2000.TC; fue presentada por la hermana Elsie Hope Monge Yoder y mil ciudadanos. La segunda demanda 035-2000-TC fue presentada por los diputados Stalin Alfonso Vargas Meza y Edgar Ivan Rodríguez con el informe favorable del Defensor del Pueblo. La tercera demanda 051-2000-TC, fue interpuesta por el doctor Jorge González Moreno, igualmente con el informe favorable del defensor del pueblo. Todas las demandas fueron acumuladas en razón de su identidad objetiva.

El Tribunal Constitucional en su resolución 12-2001-TC de fecha 17 de enero del 2001, luego de considerar, entre otras cuestiones, que al Pleno del Tribunal le corresponde dictaminar su conformidad previa a la aprobación por el Congreso Nacional, que el dictamen debe ser solicitado exclusivamente, por el Presidente de la República de conformidad con el artículo 277 de la constitución, que la constitución no le otorga competencia para conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad de tratados o convenios internacionales, y que por lo tanto es incompetente para pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del instrumento internacional impugnado, resolvió desechar, por improcedentes, las demandas de inconstitucionalidad.

La resolución del Tribunal aunque del todo inconveniente no es inconstitucional o ilegal. Precisamente cuando se analizó brevemente la constitución de 1998 se dejó en claro que ésta no preveía la posibilidad de someter a control constitucional a los tratados internacionales, provocando precisamente que, ante este hecho concreto no exista una posibilidad de declarar inconstitucional a un tratado ya ratificado. El control posterior de constitucionalidad estaba previsto para todo tipo de normas, menos las internacionales. Para ellas existía el control previo de constitucionalidad para los casos en los que se requería la aprobación del Congreso Nacional, lo cual en este caso concreto era absolutamente necesario, por cuanto el texto del tratado se enmarcaba en los numerales 2 y 5 del artículo 161 de la constitución de 1998.

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional debió jugar un papel más activo como órgano encargado de velar por la supremacía constitucional. En palabras de César Montaña Galarza, el Tribunal "... en virtud de sus prerrogativas y de su función fundamental de

guardián de la Constitución debió realizar un análisis jurídico constitucional del caso, tomando en cuenta lo normativo, lo axiológico y lo finalista de la norma fundamental”.¹⁷⁰ Ello debido al deber fundamental que se le atribuyó al Tribunal de garante de la Constitución.

Finalmente el Ecuador cumplió a cabalidad con el Acuerdo, el mismo al cumplirse el plazo (10 años) expiró y no fue objeto de renovación por parte del actual Presidente del Eco. Rafael Correa Delgado.

Este es tan solo un ejemplo de las graves consecuencias de contar con normativa ambigua respecto al control constitucional de tratados internacionales. La ausencia de regulación que contenían las constituciones ecuatorianas, incluso la de 1998, provocó que la regulación internacional no fuera sujeto de control constitucional, permitiendo la vigencia de normativa que vulneraba el texto constitucional, y su calidad de Norma Suprema.

Si bien no se debe optar por posiciones extremistas es necesario contar con un control de constitucionalidad de los tratados internacionales precisamente antes de su ratificación, con el fin de dar coherencia al ordenamiento jurídico en su totalidad, partiendo de la afirmación de que el derecho interno y el internacional forman un solo conglomerado de normas que se aplican en el Ecuador.

170 *Ibíd.*, pp. 232 y 233.

BIBLIOGRAFIA

- Amado Rivadeneira, Alex, “Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, agosto-diciembre de 2006, Valencia, 2006.
- Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Basterra Díaz, Aurora, *El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional*”, disponible en <http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/RecJur/Becarios/pdf/BASTERRA-DIAZ.pdf>.
- Bazán, Víctor, “La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis de derecho comparado”, en Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano CIEDLA, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Edición 2003, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, pp. 109-172, 2003.
- Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacional. Un análisis de Derechos Comparado*, México, Editorial Porrúa, 2003.
- Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Mar de Plata, 1993.
- Brewer-Carías, Allan, “La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Segunda Edición, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Porrúa, 2001.
- Carbonell, Miguel, “Gustavo Zagrebelsky. Juez constitucional”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 6, num. 2, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 561-565, 2008.
- Carbonell, Miguel, *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*, disponible en <http://www.iidpc.org/pdf/ajr5Carbonell.pdf>
- Cavalier, Germán, *El régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia*, Bogotá, Editorial Kelly, 1985.
- Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, N° 10, p. 20, citado por Julio González Campos y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, vol. I, Madrid, Civitas, 1998.
- Corte Internacional de Justicia, Serie B, No. 17, *Applicability of the obligation to arbitrate under section 21 of the United Nations Headquarters, Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion of 26 April 1988.
- De Stefano, Juan Sebastián, *El control de constitucionalidad*, Revista de análisis jurídico VRBE et IVIS, Año I, N° 7, pp. 1-6, disponible en

http://www.urbeetius.org/newsletters/07/news7_destefano.pdf

- Dueñas Muñoz, Juan Carlos, “Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución política del Estado de la República de Bolivia”, en Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano, CIEDLA, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, pp. 405-442, 2006.
- Fix Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humano en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año I, Nro. 1, enero –junio 2004, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.
- García Pelayo, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 1, Madrid, pp- 11-34,1981.
- Gómez Fernández, Itz'iar, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad” en Pablo Pérez Tremps coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, pp. 151 – 188, 2005.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo VI, México D.F., Porrúa, 2002.
- Jaramillo, Grace “Las relaciones internacionales en el proyecto de Constitución”, en *Análisis Nueva Constitución*, Quito, ILDIS/Friedrich Ebert Stiftung, 2008.
- Legaz y Lacambra, Luis, “La primacía del Derecho de Gentes sobre el Derecho Interno como problema jurídico y político”, en *Revista de Política Internacional*, N° 152, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1977, pp. 7-26, disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/13/RPI_152_007.pdf.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho de los tratados*, Segunda Edición, Bogotá, Leyer, 1995.
- Montaño Galarza, César, “Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado”, en Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano, CIEDLA, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2004*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, pp. 949 – 993, 2004.
- Montaño Galarza, César, “Constitución ecuatoriana y Comunidad Andina”, en Santiago Andrade Ubidia y otros, edit., *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Universidad de Valencia, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, pp. 401-453, 2004.
- Montaño Galarza, César, “La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta”, en Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano, CIEDLA, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005,

- Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, pp. 215-244, 2005.
- Montaño Galarza, César, “Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, pp. 353-382, 2009.
- Novak Talavera, Fabián y García-Corrochano Moyano, Luis, *Derecho Internacional Público*. Tomo I, *Introducción y Fuentes*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, 2000.
- Oyarte Martínez, Rafael, “La Supremacía Constitucional”, en Tribunal Constitucional, comp. *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, pp. 73-89, 1999.
- Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1986.
- Podesta Costa, Luis y Ruda, José María, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1998.
- Prieto Sanchís, Luis, “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del Derecho Procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I, *Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*, México D.F., Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Autónoma de México, pp. 805-824, 2008.
- Remiro Brotóns, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- Remiro Brotóns, Antonio, *Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados*, Madrid, Trotta, 1987.
- Remiro Brotóns, Antonio, “De los tratados Internacionales” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo VII, artículos 81 a 96, Madrid, pp. 491-506, 1998.
- Rivera Sibaja, Gustavo, “Las reglas de la globalización: el Derecho Económico Internacional”, en *Revista de Ciencias Jurídicas Latindex*, Nro. 117, San José, Universidad de Costa Rica UCR, septiembre-diciembre 2008.
- Roa Ortiz, Emmanuel, “Tratados Internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado Mexicano”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutierrez Rivas, coord., *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 175-207, 2001.
- Ruda, José María, “Relación Jerárquica entre los Ordenamientos Jurídicos Internacional e Interno. Reexamen de los Problemas Teóricos”, en Manuel Rama Montalvo (dir), *El Derecho internacional en un Mundo en Transformación. Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de*

Aréchaga, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 115-127,1994.

Salgado, María Judith, *Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional*, disponible en <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista1/analisis/JudithSalgado.html>

Salgado Pesantes, Hernán, “El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador”, en Comisión Andina de Juristas, *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Comisión Andina de Juristas, pp. 167-191,1995.

Tamayo y Salmorán, Rolando, “Hans Kelsen – In Memoriam”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México*, México D.F., Universidad Autónoma de México, pp. 199-202, 2005.

Verdugo, Sergio, “Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador”, en *Revista Estudios Constitucionales* Vol. 8, Nro. 1, Santiago, pp. 201 – 248, 2010, disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718...script=sci

Vigil Toledo, Ricardo, *La Estructura Jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

Villarroel Villarroel, Darío, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México D.F., Ed. Porrúa, 2004.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, Edic. 4, 2002.

Fuentes normativas

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

Constitución de la República del Ecuador, 1830.

Constitución de la República del Ecuador, 1835.

Constitución de la República del Ecuador, 1843.

Constitución de la República del Ecuador, 1845.

Constitución de la República del Ecuador, 1851.

Constitución de la República del Ecuador, 1852.

Constitución de la República del Ecuador, 1861.

Constitución de la República del Ecuador, 1869.

Constitución de la República del Ecuador, 1878.

Constitución de la República del Ecuador, 1884.

Constitución de la República del Ecuador, 1897.

Constitución de la República del Ecuador, 1906.

Constitución de la República del Ecuador, 1929.
Constitución de la República del Ecuador, 1945.
Constitución de la República del Ecuador, 1946.
Constitución de la República del Ecuador, 1967.
Constitución de la República del Ecuador, 1979.
Constitución de la República del Ecuador, 1998.
Constitución de la República del Ecuador, 2008.
Constitución de la República del Perú, 1993.
Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009.
Ley de Control Constitucional, 1997.