

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

**EL PROCESO DE MANIFESTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO ESTATAL EN ORDEN A VINCULARSE
POR UN TRATADO INTERNACIONAL: ANÁLISIS DE LA
REALIDAD ECUATORIANA DE CARA A LAS
DISPOSICIONES DEL CONVENIO DE VIENA DE 1969**

María Magdalena Cobo Suárez

Tesis de Grado presentada como requisito para la obtención del
Título de Abogado

Quito
Diciembre de 2009

© Derechos de autor
María Magdalena Cobo Suárez
2009

RESÚMEN

El presente trabajo desarrolla ideas fundamentales que giran alrededor del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados de cara con las disposiciones de la Constitución Ecuatoriana de 2008, en razón de la construcción y manifestación del consentimiento estatal para vincularse por un Tratado Internacional. El punto de partida de este análisis encuentra su cometido en la convergencia que debe haber entre el Derecho Internacional y la armonización a éstas disposiciones del ordenamiento doméstico para concretar los procedimientos que los representantes estatales deben seguir, en orden a establecer la manifestación del consentimiento estatal en un instrumento internacional. Seguidamente, pretendemos canalizar una línea interpretativa que sintetice las principales disposiciones sobre conclusión de Tratados Internacionales, pero principalmente sobre manifestación del consentimiento, que existen en la Convención de Viena; esto lo lograremos tomando una muestra de las principales corrientes doctrinarias internacionalistas sobre el tema y Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Por último, estableceremos un examen sobre las disposiciones locales del Ecuador que rigen en cuanto a concreción y manifestación del consentimiento estatal para vincularse por un Tratado Internacional; este análisis se lo establecerá aterrizando la normativa de la Convención de Viena y sus diferentes posturas doctrinarias. Concluimos el trabajo desarrollando una reflexión sobre la necesidad de impulsar una ley que estandarice y permita armonizar los procedimientos internos sobre conclusión de Tratados Internacionales, de cara a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados.

ABSTRACT

The present work develops basic thoughts that revolve around the Vienna Convention on the Law of Treaties and its relationship with the Constitution, regarding the construction and manifestation of State consent to be obligated by an international treaty. The starting point of this analysis takes place in the convergence that must exist between International Law and the consistency domestic law must have with it, to determine the procedures that State representative should follow, in order to express State consent in an international treaty. Additionally, we will channel an interpretative line that synthesizes the principal dispositions about the conclusion of International Treaties, but principally about the manifestation of consent that exist in the Vienna Convention; we will achieve this taking a sample of the main current internationalist doctrines about the subject and jurisprudence for the International Court of Justice. Finally, we will examine the dispositions that apply in Ecuador regarding the completion and manifestation of State consent to be obligated by an international treaty. This analysis will be established as we identify la norms of the Vienna Convention and its different perspectives in doctrine. We will conclude this work developing a reflection about the need to impulse a law that standardizes and allows for the harmonization of internal procedures regarding the conclusion of international treaties, always considering its consistency with the Vienna Convention on the Law of Treaties.

AGRADECIMIENTO

A mis personas favoritas, las de la *Casa del Árbol*. Gracias por ser los ángeles de la guarda que sostienen mi existencia en cada momento, especialmente cuando los sueños se tornan inalcanzables. Por ustedes todo se vuelve posible y aquí estoy de cara a este triunfo que es más suyo que mío.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LÍNEAS BÁSICAS SOBRE SOBERANÍA Y TRATADOS INTERNACIONALES	4
1.1 Breves notas históricas de cómo el Estado adquiere la posibilidad de manifestar su consentimiento, para vincularse por un tratado internacional.....	4
1.1.1 La Convención de Viena, Tratado de Tratados	8
1.2 Tratados Internacionales, manifestación soberana de los Estados para relacionarse entre sí	10
1.2.1 Acuerdo por escrito.....	14
1.2.2 Entre Estados u otros sujetos de Derecho Internacional.....	14
1.2.3 El tratado se destina a producir efectos entre las partes	15
1.2.4 Acuerdo regido por la normas de Derecho Internacional	15
1.3 Convergencia entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, para la construcción del Consentimiento Estatal	16
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL PROCESO DE LA VOLUNTAD ESTATAL, PARA VINCULARSE A UN TRATADO INTERNACIONAL	19
2.1 Consideraciones Generales sobre las Fases de Formación de los Tratados Internacionales	19
2.2 Fase Inicial en la conclusión de un Tratado Internacional	20
2.3 Fase Final en la conclusión de un Tratado Internacional	24
2.3.1 Distintas formas de manifestación del consentimiento para vincularse a un tratado internacional.....	25
2.3.1.1 Firma, como medio para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un Tratado Internacional	26
2.3.1.2 El canje de instrumentos, como medio para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un tratado internacional.....	27
2.3.1.3 La adhesión, como medio para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un Tratado Internacional	28
2.3.1.4 La ratificación, como medio para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un Tratado Internacional	29
2.3.1.4.1 División de las diferentes posturas doctrinarias sobre el alcance de ratificación.....	31

2.3.1.5 La aprobación y aceptación, como medios para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un tratado internacional	34
2.3.2 Formas solemnes y simplificación de conclusión de Tratados Internacionales	36
2.4 Sistematización de las diferentes posturas doctrinarias en cuanto a las formas de manifestación del consentimiento en orden a vincularse por un Tratado Internacional	39
2.5 Entrada en vigor de los Tratados Internacionales	42
2.6 La nulidad de los Tratados Internacionales por vicios del consentimiento estatal interno	44

CAPÍTULO III: PROCESO DE FORMACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN ECUADOR, A LA LUZ DEL CONVENIO DE VIENA ..	
3.1 Generalidades sobre las funciones de los poderes del Estado, determinados en la Constitución Política del Ecuador, en orden a concluir Tratados Internacionales	50
3.2 Participación del Ejecutivo	51
3.3 Participación de la Asamblea Nacional	55
3.4 Mecanismo de Participación Democrática Directa	57
3.5 Participación de la Corte Constitucional	60
3.5.1 Análisis de la interpretación Constitucional sobre el “Convenio entre la República del Ecuador y la República de Argentina para el cumplimiento de condenas penales”	62
3.5.1.1 Participación del Ejecutivo y el Legislativo	63
3.5.1.2 Participación democrática directa.....	64
3.5.1.3 Participación de la Corte Constitucional	66
3.5.2 Disposiciones procedimentales planteadas por la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.....	67
3.6 Ley sobre Tratados Internacionales: medio idóneo para superar los vacíos en cuanto a la asignación de competencias constitucionales para la manifestación del consentimiento ecuatoriano en orden a vincularse por un convenio internacional	70
CONCLUSIONES.....	73
ANEXOS.....	81

INTRODUCCIÓN

Los Tratados Internacionales han llegado a ser calificados como pilar fundamental del sistema jurídico internacional, que fomentan las relaciones entre los Estados y hacen posible la creciente globalización de la comunidad. La celebración de estos instrumentos, por su generalidad e importancia representa uno de los procesos más trascendentes del derecho internacional público contemporáneo¹, porque al obligarse a asumir un compromiso internacional, cada Estado expresa su voluntad de participar directamente en las relaciones internacionales que tejen una convivencia en un marco de obligaciones recíprocas.

Las normas de regulación principales sobre el tema, se encuentran recogidas en la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados de 1969. Pero esta Convención no establece una definición precisa de lo que es la manifestación del consentimiento, limitándose a señalarla como una etapa del proceso de celebración de tratados.

Las normas de CVDT encuentran, en cuanto a manifestación del consentimiento, asidero práctico en el derecho interno de cada Estado. Las primeras contienen las reglas generales de conclusión de tratados, mientras que cada derecho interno determina a partir de sus normas constitucionales y legales cómo se lleva al cabo esta parte del proceso de conclusión en un tratado. Esta circunstancia es la que obliga a adentrarse en el estudio del ordenamiento jurídico de cada Estado para determinar las características fundamentales que conforman particularmente su manifestación del consentimiento para obligarse por tratados internacionales.

¹ E. PISANI, *Derecho de tratados*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986, pág. 8.

Con estos antecedentes, tomando como base las disposiciones constitucionales del 2008 en el Ecuador, de cara a la Convención de Viena sobre Tratados Internacionales, ¿Quién y en qué momento debe manifestar el consentimiento estatal, en orden a ser parte de un Tratado Internacional; la Asamblea Nacional, el Poder Ejecutivo u otro poder estatal?. En este sentido, identificaremos cuál es el alcance de la participación de los poderes del Estado ecuatoriano en cuanto a la manifestación del consentimiento estatal para concluir un Tratado Internacional.

El objeto de este trabajo encuentra su cometido justamente al verificar que el alcance de la participación de los órganos estatales de cara a la Convención de Viena es confuso, y peor aun las consecuencias de esta confusión pueden acarrear una constante inseguridad jurídica a los órganos que participan de esta labor e inclusive la posibilidad de nulidad del tratado.

Esta confusión, alertadora por sus consecuencias, podemos afirmarla en primer lugar porque la propia Convención de Viena sobre Derecho de Tratados es ambigua sobre sus disposiciones referentes a manifestación del consentimiento; de tal forma que, no en pocas ocasiones, la redacción de la norma da cabida a corrientes doctrinarias de interpretación, opuestas drásticamente entre sí.

Nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano tampoco encausa una lógica que permita dar a los representantes estatales seguridad jurídica sobre el camino a seguir en vías de construir y manifestar el consentimiento para vincularse por un Convenio Internacional. Por tal evento, se requieren encontrar medios por los cuales la manifestación del consentimiento se torne coherente y refleje un sistema de convergencia entre las normas nacionales y la internacional, de ellos el medio más idóneo es la constitución de una ley que desarrolle el tema.

Para otorgarle sustento al presente trabajo, lo hemos dividido en tres capítulos. El primero muestra una panorámica contextual sobre la base en la cual se fundamenta nuestra tesis, cual es la relación de la norma internacional de regulación de Tratados Internacionales con la norma nacional máxima que es la Constitución. En este capítulo comprobaremos que por efecto de la soberanía estatal, se debe construir una

convergencia armoniosa entre las disposiciones internacionales que regulan los Tratados Internacionales y las normas del Derecho Interno de cada Estado.

Seguidamente, a lo largo del segundo capítulo, procedemos a hacer un análisis cuya base es la doctrina internacional, sobre el alcance de las disposiciones del Convenio de Viena, para establecer un análisis interpretativo sobre la materia. Este análisis nos servirá como base para comprender las diferentes posturas doctrinarias que giran en torno a las disposiciones de esta norma, sobre la fase de manifestación del consentimiento. Además, este análisis comporta un muestreo de cómo ha procedido la Corte Internacional de Justicia en razón de problemas derivados de invocaciones a esta causal de nulidad.

Con los antecedentes del capítulo segundo habremos preparado el territorio de lo que veremos a lo largo del tercer capítulo; es decir, las disposiciones nacionales sobre el proceso de conclusión del Tratado Internacional, al tiempo que comprobaremos la confusa participación de los órganos que intervienen en dicho proceso de cara a las disposiciones de Viena. Así como también analizaremos la participación de la corte constitucional como órgano de interpretación de la Carta Fundamental y la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Cerraremos el análisis proponiendo una salida a la confusión interpretativa existente entre la CVDT de cara a las disposiciones constitucionales del Ecuador, cual es la Ley de Tratados Internacionales.

CAPITULO I

LINEAS BÁSICAS SOBRE SOBERANÍA Y TRATADOS INTERNACIONALES

La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la república...
J. BODINO

1.1 Breves notas históricas de cómo el Estado ostenta la posibilidad de manifestar su consentimiento, para vincularse por un Tratado Internacional

La coexistencia de entes soberanos en la sociedad internacional, invita a disminuir la provocación de conflictos entre sí, a través de normas que regulen su convivencia. Dichas normas deben ser adquiridas porque los Estados, por su propia decisión, libremente se comprometen a asumirlas. Por medio de este acápite, desentrañaremos brevemente la concepción de la palabra soberanía, en orden a identificar el sustento por el cual el Estado puede manifestar su consentimiento para vincularse por un Tratado Internacional. Además se pretende constatar el desarrollo de dicha manifestación del consentimiento Estatal desde el Medioevo a la actualidad². Esto nos permitirá entender que la evolución de los procesos de manifestación del

²A pesar de que la historia del derecho Internacional está ligada a los más importantes acontecimientos políticos de la historia y a la enseñanza de los pensadores que han producido las distintas épocas, nuestro análisis se centra a analizar los hechos desde surgimiento de los Estados-Nación, dejando por fuera la Antigüedad. Esto, en tanto la manifestación del consentimiento para obligarse por los Tratados Internacionales, que es tema de nuestro ensayo, toma vigor a partir del Medioevo.

consentimiento para obligarse por Tratados Internacionales se ha transformado a la par que el mismo concepto de Estado ha delimitado su crecimiento. De manera que el Estado, la soberanía y la manifestación del consentimiento estatal han cambiado paralelamente por el devenir de las diferentes épocas.

Inicialmente, en el Medioevo, la palabra *soberano* representaba el gobierno en manos de una sola persona, quien trazaba el destino de su pueblo a partir de su única decisión. Inclusive BODINO, relacionó el concepto de soberanía con el de monarquía, y consideró a ésta como una prerrogativa de origen divino, y al soberano como un ser hecho a imagen de Dios³. MATEUCCI al respecto manifiesta que “soberano”, palabra que indicaba solamente el poder de gobernar que se encontraba en manos de una sola persona determinada, en un preciso sistema jerárquico. De esta forma, los monarcas eran soberanos en sus monarquías, porque a causa de la tutela general, lo eran en la extensión de su reino⁴.

Durante esta época, la manifestación del consentimiento, en orden a relacionarse con territorios gobernados por otros monarcas se producía por medio de la voluntad y la expresión del monarca, o sus representantes, con plenos poderes para negociar y firmar acuerdos internacionales con otros estados, pero en aquel entonces su gestión realmente no estaba sujeta a ninguna regla jurídica. Prueba de aquella decisión unilateral se observa en la posibilidad de abolición del tratado por parte del monarca; como lo hizo José II en el Tratado de las Barreras.⁵

TEJEIRO nos recuerda, que durante la Época Moderna se firma la Paz de Wesfalia en 1648, con lo cual se inicia una nueva era en las relaciones internacionales entre los estados pues surge el principio de *igualdad jurídica de los estados*. Por este principio los Estados se reconocen recíprocamente soberanos, titulares de un poder

³ Cfr., *Enciclopedia de Historia Universal*, Tomo IV, “La Época del Absolutismo”. Espasa- Calpe, Madrid, 1972, p. 16

⁴ N. MATTEUCCI, “Soberanía”, en BOBBIO NORBERTO Y NICOLA MATTEUCCI, *Diccionario de Política*, (et-al) tomo II. México DF, siglo XXI, 1991, p. 1483-1492. Citado por F. POLO en *El Proceso Constitucional de aprobación de Tratados Internacionales- Estudio comparado de las Constituciones de Colombia, Ecuador y México*, UASB, Quito, 2009, p. 12

⁵ Ver sobre “Tratado de las Barreras” en *Enciclopedia de Historia Universal*. Tomo IV La Época del Absolutismo. Espasa- Calpe, Madrid, 1972, pp. 141, 142, 147-

independiente que no admite subordinación a ningún otro, pero que es compartido por muchos entes iguales⁶.

A causa de los abusos que se produjeron por el actuar absoluto de los monarcas, en los siglos posteriores al XVI, el pueblo comienza a reclamar el poder que le corresponde. Y es así como se concibe al Estado Democrático de Derecho, en el que el pueblo decide sobre sí mismo y para sí mismo a través de sus representantes, quienes se deben a ese pueblo. Con esto se alcanzaría limitar la arbitrariedad generada por la personalización del poder.

Con el advenimiento de las Constituciones francesa y norteamericana, surge la necesidad de ejercer un control efectivo de la política exterior del Estado bajo normas de derecho interno. Durante esta época se pone en marcha el principio de la división de poderes⁷, por el cual va a iniciarse un primer movimiento constitucional, que se afirma como *principio de juridicidad, o del estado de derecho*. Como AYALA señala “el poder público tiene únicamente asignado los poderes, las atribuciones o las competencias que expresamente derivan del texto constitucional”⁸.

De esta manera, la Constitución norteamericana de 1787, en el acápite relacionado a las facultades del presidente, estableció que tendría “facultad con consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal de que den su anuencia dos tercios de los senadores presentes”⁹

En el mismo sentido, la Constitución francesa de 1789 estableció el proceso de negociación de tratados en manos del Consejo Ejecutivo y la “ratificación de los tratados” a cargo del cuerpo Legislativo.¹⁰ ,

Con estos antecedentes, no sólo se plasman otras formas para verificar la voluntad estatal de obligarse por el Tratado, sino que el Legislativo debe intervenir en

⁶ G. TEJEIRO “Aplicación de las normas tributarias en el espacio”, en HORACIO GARCÍA, *Tratado de tributación*, t.1., vol. 1, Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 709-710.

⁷ Este principio fue desarrollado antes, por pensadores como LOCKE Y ROSSEAU, se plasma en la práctica con el advenimiento de las Constituciones mencionadas.

⁸ C. AYALA, *El derecho de los derechos Humanos*, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/113/3.pdf>, consultado: 01/11/09.

⁹ Segunda sección, segundo párrafo.

¹⁰ Artículo 70 y Art. 55

el proceso de manifestación del consentimiento para obligarse por un instrumento internacional, desentrañando del ejecutivo la posibilidad de ser el único que interviene en este proceso. Y la importancia de este cambio en la estructura del estado, nos compete en el tema de análisis porque,

[L]a separación de poderes implica, además de la relativa autonomía de las instituciones que ejercen determinadas funciones dentro del sistema político, un modelo en el que se comparten poderes y se busca la colaboración de los mismos, ya que éstos no son recíprocamente independientes en todos los aspectos. Por ejemplo: a pesar de las variaciones procedimentales que pudiera existir, para la aprobación de las leyes o los Tratados Internacionales se necesita el visto bueno de los dos poderes¹¹

Por tanto, en el tema que nos concierne, debemos recordar que la división de poderes es básica para entender las diferentes asignaciones de roles al interior de los ordenamientos jurídicos de los países.

También el consentimiento adquiere su actual significado al convertirse en un acto de confirmación de la voluntad del Estado de obligarse por un acuerdo respecto al cual se había expresado previamente esa intención¹².

Durante 1815, el Congreso de Viena promulgó el Acta General, instrumento en el cual se plasman dos principios innovadores. El primero, en cuanto a mecanismos de manifestación del consentimiento, distintos a los tan ceremoniales, utilizados hasta esa fecha. El segundo, en cuanto a la manifestación del consentimiento estatal para obligarse por Tratados Internacionales expone la posibilidad de emitir reservas sobre ciertas partes de los Tratados¹³.

¹¹ M. ALCÁNTARA Y F. SÁNCHEZ. "Las relaciones ejecutivo-legislativo en América Latina", en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, Núm. 112, Abril-Junio de 2001, p. 62

¹² Cfr. Y. MORÉ C., *La participación y control popular en la política exterior de los Estados*, UAEM, Toluca, 2005 p 120, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/676/67681608.pdf>, consultado: 30/10/09.

¹³ Cfr. E. GAVIRIA LIÉVANO, *Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá, 1998, p 27

Con el surgimiento de Naciones Unidas se establece el principio de soberanía estatal en igualdad para todos los miembros de la organización, cuyo corolario podemos identificarlo en la posibilidad de manifestar su consentimiento, para interrelacionarse con otros Estados, postulado como principio rector en el artículo 2.1 de la Carta de 1945¹⁴.

A pesar de toda esta evolución de instituciones en cuanto a la capacidad de los Estados para celebrar tratados y para obligarse con otros Estados, la codificación de las prácticas que los antecedían se pone de manifiesto mediante la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados (en adelante CVDT), abierta a firma el 23 de mayo de 1969.

1.1.1 La Convención de Viena, Tratado de Tratados

La CVDT es “un tratado que versa sobre tratados y que tiene una concepción de los mismos, entendidos éstos últimos, como otro procedimiento técnico de formación de normas, en este caso convencionales”¹⁵. Este instrumento es trascendental porque es la norma que a nivel internacional, compila normas consuetudinarias de regulación sobre estos actos jurídicos. Como consecuencia de aquello MOYANO indica “sus normas han sido reconocidas y aplicadas por la jurisprudencia internacional y por los propios Estados, aun antes del 27 de enero de 1980, fecha en la que entró en vigencia”¹⁶. Cabe recalcar que esta norma fue suscrita el 23 de mayo de 1969.

La Convención de Viena obliga a todos los Estados que han ratificado o se han adherido a ella. Para el Ecuador es un instrumento internacional que fue ratificado, sin previa aceptación legislativa, en el Registro Oficial (R.O.) No 134 de 28 de julio de 2003; posteriormente publicada en el R. O. 6 de 28 de abril de 2005.

¹⁴ Carta de las Naciones Unidas Artículo 2.1.- La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

¹⁵ R. DÍAZ, “La convención de Viena sobre derecho de tratados y los procedimientos de formación de las diversas categorías de normas”, en *Revista de Política Internacional*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago, 1982, p. 148.

¹⁶ C. MOYANO ., “La interpretación de los Tratados Internacionales según la Convención de Viena de 1969”, en la revista de *Integración Latinoamericana*, Universidad de California, 1986 p. 92

Su origen, al compilar una serie de normas consuetudinarias de aplicación general, ha hecho que llegue a ser aplicada inclusive para regular problemas entre estados, cuando estos no han sido partes de la Convención; así lo manifiesta la Corte Internacional de Justicia en casos como, *la delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau*, 1985, y *pesca en el golfo de San Lorenzo*, 1986, entre *Canadá y Francia*¹⁷. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia manifiesta el carácter compilador de costumbre de la CVDT, en su opinión Consultiva de 1971¹⁸.

De igual manera, algunos Estados al redactar varios tratados se han remitido a sus disposiciones para elaborar determinados actos, aun cuando alguno de esos países no son parte de esta Convención. Este fenómeno ha ocurrido con las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual, manifiesta:

Art. 75.- Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969.

En razón de la obligación que los Estados Parte de la Convención tienen sobre la observancia de las disposiciones de la CVDT NIETO nos recuerda que “los tratados celebrados por escrito, entre estados para los cuales la CVDT no esté en vigencia, también están sujetos a aquellas normas que constituyen codificación de derecho consuetudinario y a aquellas que, siendo derecho nuevo, se hayan podido convertir en costumbre”¹⁹

Con esta premisa, destacaremos dos principios interrelacionados en la Convención de Viena de 1969, que serán base para nuestro trabajo: la autonomía de la voluntad y el no formalismo del consentimiento.

La autonomía de la voluntad es un principio que se refleja respecto a los Tratados Internacionales en un doble sentido: en la libertad de los estados para celebrar o no un tratado y en la libertad de fijar su procedimiento de celebración y contenido. Aparece, implícitamente, en el artículo 2.1g) de la Convención de Viena de 1969, que

¹⁷ Caso Corte Internacional de Justicia. Delimitación de la Frontera marítima entre Guinea E. y Guinea Bissau. 1980

¹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Opinión consultiva sobre “Las consecuencias jurídicas de la presencia continuada de África de Sur en Namibia”*, Recueil, La Haya, 1971, p. 47

¹⁹ R. NIETO N, “El sistema interamericano de Derechos Humanos”, citado por MOYANO, en la *Revista de Política Internacional...*, p., 93

afirma que se entiende como parte en un tratado a:“(...) un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor”.

Además la CVDT reconoce esta regla en el artículo 34 según el cual: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

La autonomía de la voluntad está presente, asimismo, en el conjunto de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 pues éstas tienen carácter subsidiario en el sentido que se aplican si los estados no acuerdan otra cosa en el tratado en cuestión. La autonomía de la voluntad puede considerarse un remanente del derecho internacional clásico, cuya esencia subyace aun en el resultado codificador de esta norma. En suma, el derecho de tratados se caracteriza aún por el consensualismo o voluntarismo, en tanto el fundamento de la creación de derechos y obligaciones internacionales es el libre consentimiento de los estados²⁰.

El segundo principio, es el no formalismo en la conclusión de un tratado, que significa la existencia de una pluralidad de formas diferentes, todas igualmente válidas, a través de las que el consentimiento estatal puede manifestarse. La CVDT consagra este principio en su artículo 11, el cual nos dice que un Estado puede manifestar su consentimiento, a más de las seis formas que propone, por medio de cualquier forma que se acuerde por parte de los contratantes. De manera que, esta norma al proponer un carácter facultativo, de libre elección, en el consentimiento del Estado, lo deslinda del estricto cumplimiento de una forma en específico. Al respecto, REMIRO manifiesta: “El no formalismo en la expresión del consentimiento, facilita la aceptación y, como consecuencia, la ampliación y generalización de las reglas.”²¹

1.2 Tratados Internacionales, manifestación soberana de los Estados para relacionarse entre sí

²⁰ Cfr. Y. MORE C., “La manifestación del consentimiento para obligarse por Tratado Internacionales”, p 27, disponible en: <http://74.125.155.132/scholar?q=cache:plbDSRMsiM8J:scholar.google.com/+manifestaci%C3%B3n+consentimiento+Estado+tratados+internacionales&hl=es>, consultado el 30/10/09

²¹ A. REMIRO, *Derecho Internacional...*, p. 6.

Como ya lo mencionamos en el acápite anterior, desde Wesfalia se desarrolla el principio por el cual todos los Estados son iguales y tienen la posibilidad de actuar independientemente de otros. Ahora, es necesario acotar, sobre el alcance de este principio algo que HÉLLER destaca con precisión, pues el principio de la soberanía del Estado se conserva en el ordenamiento jurídico internacional porque antes de que exista una sola norma de derecho internacional positiva²² tienen que existir, al menos dos Estados cuya voluntad converge. A la vez, esta norma puede existir a condición de que ambos subsistan con su carácter de unidades decisorias universales e independientes el uno del otro; de allí que, en consecuencia, la norma internacional positiva tiene como presupuesto la soberanía de los Estados²³

Para poder entender el sentido de este principio para la celebración de los Tratados Internacionales, es necesario echar un breve vistazo a la distinción entre el sujeto soberano y su soporte. El mismo HÉLLER nos brinda un criterio bastante puntual sobre el tema al afirmar:

[E]s soberanía aquella organización a la que es inmanente el poder sobre sí mismo, la que es capaz de determinar por sí misma el uso del poder de la organización. Solo existe un Estado allí donde el poder sobre la organización social- territorial le pertenezca a ella misma, le sea propio, donde la decisión sobre el ser y el modo de organización tenga lugar dentro de ella. El poder del Estado es soberano, lo que significa que es, dentro de su territorio poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo. La soberanía por tanto es poder de organización territorial supremo. El Estado, como organización territorial soberana, es creador supremo de las normas y tiene el monopolio del poder de coacción física legítima, la *ultima ratio* de todo poder²⁴

Al definir el alcance de lo que la soberanía representa, vemos que es la posibilidad de decisión del Estado sobre sí mismo, la cual se visualiza en ser quien crea las normas y tiene el manejo legítimo de la fuerza, que a más de ser poder supremo en

²² En esta tesis no ahondaremos en el origen de otras fuentes del Derecho Internacional, no positivas, como son los principios de Derecho Internacional, o normas imperativas de obligatorio cumplimiento, aceptadas universalmente por la Comunidad Internacional como las de *Jus Cogens*.

²³ H. HÉLLER, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, 1965, p. 228.

²⁴ *Ibidem*, p. 264

su territorio, es además sujeto de derecho internacional. Veamos el fundamento por el cual el Estado puede manifestar su consentimiento para relacionarse con otros entes soberanos.

Existe una corriente doctrinaria que plasma a la soberanía desde dos sentidos, uno externo, que la otorga la posibilidad al Estado de ser sujeto internacional y el otro interno, al cual nos hemos referido en líneas anteriores. Sobre el doble sentido de la soberanía, DIEZ DE VELASCO, nos explica: sobre el primero, hacia el exterior de los límites nacionales del Estado, la soberanía se exterioriza por una verdadera libertad de decisión en el ejercicio de sus relaciones internacionales; el segundo, la soberanía tiene su proyección también hacia el interior, a base de la plenitud que posee el Estado soberano de la jurisdicción para regular todo lo que hace referencia a su territorio, su población y a los más variados aspectos de la vida social, sin que se produzca la intromisión en los poderes internos por el gobierno de terceros estados²⁵.

Después de esta exposición fácilmente podemos entender la relación implícita que tiene el Estado en cuanto a su soberanía, es decir su posibilidad de regulación interna, como decisión para relación externa.

Toda relación de convivencia parte de la premisa de colaboración mutua y reglas de convivencia. La Comunidad Internacional ha construido normas de convivencia a partir de la manifestación de la voluntad de los Estados por relacionarse. Inclusive la Corte Internacional de Justicia se ha manifestado así en el caso de las reservas al Convenio para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio el 28 de mayo de 1951: "Un Estado no puede quedar vinculado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento"²⁶

Como no existe un ente legislador supra nacional que cree estas normas, son los propios países quienes actúan directamente en la construcción de sus leyes. JALHK, nos enseña sobre este tema que:

²⁵ M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de derecho internacional público*, t,1 Tecnos, Madrid, 1988, p. 196

²⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión consultiva sobre "Reservas de la Convención sobre Genocidio". I.C.J. Reports: 1951

[E]n el campo del derecho internacional, no existe ningún legislador superior a los Estados, que les imponga norma positivas, las únicas normas que existen son aquellas que los mismos Estados han impuesto y creado, en definitiva son producto de su propia soberanía²⁷

Existen distintas formas por las cuales los Estados adquieren responsabilidades con la Comunidad Internacional²⁸. Pero hay algunas que parten de la manifestación expresa del país en razón de contraer responsabilidades con la Comunidad Internacional, en determinados tópicos. Estas obligaciones convencionales son los Tratados Internacionales²⁹, que si bien no constituyen única fuente de Derecho Internacional, proveen de “certeza y estabilidad, no sólo a los sujetos de derecho internacional, sino a las relaciones internacionales en sí”³⁰. Por lo expuesto, podemos decir que los Estados reconocen la necesidad de convivencia pacífica entre sí y por eso construyen, a través del establecimiento de Tratados, los límites de conducta necesarios para regular su actuar internacional. Es importante recordar que, esta fuente obligacional para los Estados es la que constituye el análisis de nuestra tesis, específicamente en razón de cómo sus partes se vinculan al tratado; es decir cómo los Estados forman su consentimiento para ser parte de un tratado.

En este punto debemos aterrizar en la connotación de lo que significa un Tratado Internacional, para lo cual analizaremos la definición del mismo. Mucha doctrina existe al respecto, y de cada fuente podemos encontrar distintas definiciones. Sin embargo, es pertinente establecer en la praxis cual es la definición que nos compete

²⁷ Cfr. G. JALHK, “Los Tratados Internacionales”, en *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Konrad Adenauer, Quito, 1999, p. 120, citado por F. POLO en *El Proceso ...* p. 15

²⁸ El Art. 38 del Estatuto del Tribunal de Justicia Internacional de 1920 recoge las principales fuentes del Derecho Internacional. Aun cuando no es de mucha pertinencia para esta tesis, diremos que existen otras fuentes reconocidas por la jurisprudencia y la doctrina, a más de las descritas en el Estatuto, como son las declaraciones unilaterales y resoluciones de algunas organizaciones internacionales, que para doctrinarios como CAMARGO, VERDROSS, VARELA QUIROZ, anteriormente mencionados, constituyen fuente de Derecho Internacional, no contemplada por el Art. 38, pero vinculantes de igual manera, para los Estados.

²⁹ En el contexto de este trabajo, tratado y convenio no son diferentes, por cuanto la Convención de Viena, identifica en su art. 1 lit. A. la aplicabilidad de dicha convención, sin distinción por su denominación.

³⁰ Cfr. L. VARELA Q., *Las fuentes del derecho internacional público*, Temis, Bogotá, 1996, p. 17.

para nuestro tema y la mejor definición que podemos vislumbrar es la que se establece en la CVDT, en la cual se define tratado en los siguientes términos:

Art. 1.- 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.

Para lograr entender el alcance de este concepto tomaremos el análisis doctrinario que realizan GONZÁLEZ Y OTROS³¹ desglosando en cuatro puntos principales el significado de la definición proporcionada por la Convención de Viena.

1.2.1 Acuerdo por escrito

Al establecer este punto la CVDT recalca el hecho de que el tratado es la manifestación del consentimiento de dos o más sujetos de Derecho Internacional. La celebración *por escrito* indica la forma como se ha de plasmar la voluntad de los sujetos. Su contenido fue aprobado por los órganos estatales llamados a hacerlo y fue concertado con la otra parte, para que, ambos libre y voluntariamente se obligaran³².

1.2.2 Entre Estados u otros sujetos de derecho internacional

En este punto se destaca la capacidad para celebrar tratados que no es sólo para los Estados, sino para otros sujetos de Derecho Internacional, quienes pueden ser

³¹Cfr. J. GONZÁLEZ CAMPOS, L. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y P. SAENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Civitas, Madrid, 1998. PP. 166-172

³² Cfr. J. GONZÁLEZ CAMPOS, L. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y P. SAENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho ...* P. 166

Organizaciones internacionales. En este punto cabe acotar que existe un instrumento internacional, que es la Convención sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, hecho en Viena en 1986, que recoge las particularidades de celebración de Tratados Internacionales con otros ente, distintos a los estatales. Con ello se demuestra la evolución que existe sobre los entes internacionales para manifestar el consentimiento de obligarse con otros sujetos de derecho internacional, pues no son sólo los Estados quienes ahora pueden hacerlo.

1.2.3 El tratado se destina a producir efectos entre las partes

Las consecuencias de esta premisa están desarrolladas en el artículo 26 de la CVDT, el cual afirma que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Sobre los efectos jurídicos que abarcan los Tratados Internacionales, podemos decir que todos los tratados provocan consecuencias para los signatarios. Como lo expresa REUTER “la conclusión contraria supone olvidar que el ordenamiento internacional reconoce la existencia de normas de comportamiento cuya violación puede originar responsabilidad internacional”³³. Esta precisión la hacemos para no ahondar en el análisis sobre el carácter normativo de los Tratados; es decir, para el tema que nos ocupa sólo nos limitaremos a expresar que un Instrumento Internacional debe tener de por medio una consecuencia jurídica para las partes.

1.2.4 Acuerdo regido por las normas de derecho internacional

³³ P, REUTER, CITADO por N. KONTOU en *The termination and revision of treaties in the light of new customary*, Oxford University Press Inc, New York, 1992, P. 31

Esta distinción recalca el hecho de que existen acuerdos que no se rigen por el Derecho Internacional Público, como son contratos a venta de ciertos bienes, cuando los estados actúan como sujetos de Derecho Internacional Privado³⁴. De manera que, los efectos jurídicos de un Tratado Internacional se producen en el marco del ordenamiento internacional general, mientras otros acuerdos se rigen por el derecho interno de los países o por un tercer sistema jurídico nacional, elegido por las partes.

1.3 Convergencia entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, para la construcción del Consentimiento Estatal.

Ya hemos analizado el concepto de lo que significa soberanía, sin embargo es necesario saber cómo se aplica ésta, en la práctica de la construcción de los Tratados Internacionales. De manera que, si bien la CVDT compila las principales connotaciones alrededor de los tratados, la misma no agota conceptos ni procedimientos para concretarlos. Esto se debe, justamente al respeto por la soberanía de los Estados. En este sentido CLIVE nos indica que “el régimen de celebración de tratados se ha reservado a la soberanía estatal, es decir corresponde al Estado determinar los órganos internos que participan en la contratación y fijar los procedimientos a seguir”³⁵. Es lo que el derecho anglosajón conoce como *Treaty Making Power*, que se refleja en la valorización internacional que hacen los ordenamientos internos al regular las competencias nacionales para producir normas de derecho internacional³⁶.

En este punto es importante recordar que la cúspide del ordenamiento jurídico, representación excelsa del poder soberano, es la Constitución. En ella se cuajan los principios y principales directrices que rigen al Estado y por ende, debe regular la

³⁴ H. COELLO, *Derecho Internacional Privado*, Serie de Textos Universitarios, Universidad del Azuay, Cuenca, p. 30.

³⁵ C. PARRY, “The law of treaties”, *Manual of public international law*, Editorial Max Sorensen, Macmillan, 1968, pp 180 y ss.

³⁶ Cfr. M. MONROY C, *El derecho internacional como fuente del derecho constitucional*, ACIDI, Bogotá, 2008, p. 110

manera cómo el Estado se ha de relacionar con la Comunidad Internacional. Recordando la importancia de la Constitución Kelsen nos recuerda:

[L]a Constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder. Es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del ordenamiento estatal.³⁷

Por tanto, si los tratados son actos jurídicos esencialmente internacionales y en consecuencia, es el derecho internacional el que rige su celebración, validez y terminación; es el derecho interno, por medio de la Constitución, quien designa el órgano del Estado que tiene competencia para celebrarlos; señala los requisitos que deben cumplirse para su perfeccionamiento y determina la jerarquía que tienen en el interior del Estado³⁸.

De esta manera, la construcción y puesta en marcha de los Tratados Internacionales es punto de convergencia de normas de derecho de tratado y normas de derecho interno de cada Estado. Las primeras contienen las reglas generales de conclusión de tratados, caracterizadas por la libertad de formas y la capacidad de los sujetos contratantes; mientras que cada derecho interno determina, a partir de sus normas constitucionales la naturaleza específica e interrelación mutua de los elementos que integran ese acto: la representación del Estado y la forma de exteriorización de su voluntad.

Para concluir este capítulo, podemos decir que al establecer el camino a seguir en orden a adquirir una obligación internacional, el Estado debe estar absolutamente claro en su construcción interna, para poderla proyectar de manera externa. Es decir, debe haber armonía entre las disposiciones internas y las externas, pues los Tratados

³⁷ H. Kelsen, "La doctrina de Kelsen y la lógica de las normas", citado por R. Walter en *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 134

³⁸ Cfr. R. Méndez, "La Celebración de los tratados, Genealogía y actualidad constitucional" en *Anuario mexicano de derecho internacional*, México DF, 2001 p. 2

Internacionales “determinan los derechos y deberes de los Estados, en fin, que reglan la vida con la comunidad mundial en muchos ámbitos. De allí que las normas nacionales que establezcan principios y procedimientos relativos a ellos deberían ser precisas”³⁹. Todo esto, con el fin de no crear posibles confusiones sobre quién y de qué manera manifestó el consentimiento del estado. Más aun porque una confusión de esta índole puede acarrear la nulidad del tratado. CORRAL al respecto manifiesta:

[T]an importante es el tema que, según el art. 46 de la Convención de Viena, un problema de competencia entre órganos locales concerniente al perfeccionamiento de un instrumento internacional, puede acarrear su nulidad.⁴⁰

El análisis de esta consecuencia, sobre la adecuada conclusión de un Tratado Internacional, lo revisaremos a profundidad a lo largo del capítulo II, principalmente en el ámbito de nulidades. A lo largo de este capítulo, además analizaremos sobre los pasos que integran la celebración de los Tratados Internacionales, para comprender la dinámica de la manifestación del consentimiento estatal, en orden a vincularse por un Tratado Internacional.

³⁹F. CORRAL, *Tratados Internacionales*, en diario El Comercio, Quito, 28 de agosto de 2008.

⁴⁰ F. CORRAL, *Tratados Internacionales*, en diario El Comercio, Quito, 28 de agosto de 2008

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL PROCESO DE LA VOLUNTAD ESTATAL, PARA VINCULARSE A UN TRATADO INTERNACIONAL

El Derecho es el arte de la interpretar de las necesidades sociales en un momento determinado.

A. PONCE V.

2.1 Consideraciones Generales sobre las Fases de Formación de los Tratados Internacionales.

Como se ha comprobado en el capítulo I, la instauración de los mecanismos por los cuales un Estado adquiere obligaciones internacionales a través de un tratado, es el resultado de la adecuación de su actuar, a las disposiciones contenidas en la norma internacional reguladora, que es la CVDT, conjuntamente con la construcción de procedimientos internos que se establecen en las Constituciones de los Estados.

En este acápite daremos un breve vistazo al proceso de celebración de Tratados Internacionales, que se establece a partir de las disposiciones del CVDT y de varias interpretaciones doctrinarias al respecto. Entendiendo por celebración, lo que DE LA GUARDIA Y DELPECH definen sobre conclusión de un tratado: "El acto único o

conjunto de actos a través del cual o de los cuales un sujeto de derecho internacional manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado”¹.

La doctrina internacional, encabezada por REMIRO, MONROY CABRA, LLANOS, GAVIRIA, ÁLVAREZ, GONZÁLEZ CAMPOS y otros² identifican el proceso de conclusión de tratados a través de un procedimiento que incluye con mayor o menor amplitud, las siguientes fases: la negociación; firma o adopción; la manifestación del consentimiento (identificada así por REMIRO, MONROY Y GONZÁLEZ y OTROS); y la entrada en vigor.

Para VILLARROEL y REMIRO el desarrollo de este procedimiento, se divide esencialmente en dos fases: la inicial y la final; por fines didácticos manejaremos esta división, lo cual no significa que algún instrumento normativo tenga dicha división, sin embargo abarca un breve análisis de cada fase, con el objeto de ahondar en la final que incluye la manifestación del consentimiento, materia principal de este trabajo.

2.2 Fase Inicial en la conclusión de un Tratado Internacional

La *Fase Inicial* o de suscripción, comienza con el proceso de negociación, unánimemente identificado como el proceso por medio del cual se elabora el texto de un tratado. A pesar de que la CVTD no tiene disposiciones expresas sobre cómo se lleva al cabo esta negociación, la doctrina encabezada por los académicos señalados, entiende que negociación es el intercambio de puntos de vista y propuestas, por cada Estado, para llegar a acuerdos que forman las cláusulas del Tratado. Además la doctrina recoge los principios de *buena fe* y de *autoridad competente* que debe llevar al

¹ Cfr. E. DE LA GUARDIA Y M. DEPELCH, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, en la obra de M. MONROY CABRA, *Derecho de los Tratados...*, p. 51,

² Ver: A. REMIRO, *Derecho Internacional...*, pp. 201-223, MONROY CABRA, *Derecho de los...*, pp. 47-72, H. LLANOS MANCILLA, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 81- 244, E. GAVIRIA LIÉVANO, *Derecho Internacional...*, pp. 203-310, L. ÁLVAREZ, *Derecho Internacional...*, pp. 74-78, J. GONZÁLEZ CAMPOS, L. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y P. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho...*, 175-215.

cabo la representación a lo largo de todo el proceso de conclusión del Tratado Internacional.

REMIRO indica que la CVDT sanciona las actitudes opuestas al principio de buena fe, como el dolo o corrupción del representante de un Estado³, lo que significa que recoge la mala fe como causal de nulidad del Tratado, oponiéndose a manifestaciones contrarias a una negociación⁴, que la calificaremos como “sana”.

GAVIRIA nos ilustra sobre representación competente, es decir, quien debe participar en la conclusión de un Tratado Internacional. El autor señala que la CVDT otorga aptitud de representación con Plenos Poderes a la persona así acreditada por medio de instrumento solemne emitido por el Estado, o por su ordenamiento interno⁵. Aun sin existir tal asignación, la CVDT reconociendo la relativa *inoperatividad* de la figura de la representación, acepta que una persona sea considerada, sin necesidad de presentar plenos poderes, representante, si se deduce de la práctica que esa es la intención de los sujetos interesados⁶. o a la persona que tácitamente identifica la CVDT como idónea, la cual puede ser el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores⁷.

Una vez que el tratado tiene armado su cuerpo, que se ha debatido y negociado su contenido, los Estados proceden a firmarlo y efectuar su adopción. REMIRO, TERÁN así como GONZÁLEZ Y OTROS manifiestan sobre adopción que es el proceso

³ Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. Art.- 49 Dolo. Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro, el Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado. Art.- 50. Corrupción del representante de un Estado. Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.

⁴A. REMIRO, *Derecho Internacional* ... p. 204

⁵ Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. Art 7.1.- Para la adopción, la autenticación del texto de un tratado, para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado a) si se presentan los adecuados plenos poderes...

⁶ Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. Art 7.1.- Para la adopción, la autenticación del texto de un tratado, para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado... b) si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados. o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes

⁷ E. GAVIRIA L., *Derecho Internacional...*, pp. 202-203

por el cual los Estados negociadores consienten en el texto del tratado. La autenticación en cambio, se entiende como el término genérico por el cual se solemniza por escrito la adopción del texto. Es decir, adopción y autenticación están ligadas en el sentido de que la última es sobre la primera "su manifestación documental, revistiendo de las formalidades protocolarias propias de los documentos diplomáticos la determinación de la voluntad de los negociadores de considerar definitiva e inalterable la redacción de un tratado"⁸. En este punto es importante aclarar que firma en el contexto de este acápite se tratará únicamente como forma de autenticación. La firma como manifestación del consentimiento lo analizaremos más adelante.

Ahora bien, existen varias formas de concretar la autenticación del texto, pues los negociadores gozan de libertad para cumplir con este requisito, según lo plantea el Art. 10. a de la CVDT⁹. Lo normal es que el tratado incluya una cláusula al respecto. En su defecto, el mismo Art. 10, en su numeral b enumera tres formas frecuentes (firma, firma ad referéndum y rúbrica)¹⁰, disponiendo su funcionamiento residual alternativo al gusto de cada negociador.

Es importante señalar que la forma más usual de autenticación es por medio de la *firma*, que es un acto solemne rodeado de publicidad, que es una promesa evidente de acabar obligándose por el tratado. Es decir, la firma expresa la intención de prestar consentimiento más adelante al tratado, hasta llegar a ser una obligación incoada¹¹. La CVDT no regula, en específico el desarrollo de este ámbito. Por ello, y a pesar de esta interpretación, que parece clara, hay divergencia sobre el efecto de la firma en el texto de un tratado. De esta forma, puede fomentarse confusión sobre la consecuencia de un tratado firmado, pero aun no ratificado. Para FITZMAURICE la respuesta es simple: El tratado ha sido concluido, con la firma, aunque ello no implica la manifestación del

⁸ Cfr. M. TERÁN C, *Derecho internacional público contemporáneo*, Universidad Técnica de Loja, Loja, 2003, P. 135

⁹ Convención de Viena sobre Derecho de Tratados Art. 10.1.- "10. Autenticación del texto. El texto de un tratado quedara establecido como auténtico y definitivo a) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración; "

¹⁰ Convención de Viena sobre Derecho de Tratados Art. 10.1.- "... b) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma "ad referéndum" o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto".

¹¹Cfr. A. REMIRO, *Derecho Internacional* ... p. 206

consentimiento en obligarse¹². Para CAVARÉ, en cambio, la contestación no menos simple, es en sentido opuesto: “La firma tiene un valor de hecho... Después de la firma el tratado aun no está concluido. Permanece siendo un proyecto”¹³. Una explicación relativamente satisfactoria es la dada por WALDOCKZ “la firma de un tratado confiere al Estado signatario un cierto status limitado con respecto al tratado, aunque no resulte fácil definir la naturaleza exacta de ese status...”

En su opinión consultiva sobre las Reservas de la Convención sobre Genocidio la propia Corte ha reconocido que la firma establece en beneficio del Estado signatario “un estatuto provisorio” que lo autoriza a formular objeciones, de carácter provisorio, a las reservas hechas por otros signatarios¹⁴

Resulta entonces, que un tratado firmado, pero no ratificado, es más que un simple proyecto, pero es también menos que un tratado concluido. Tomaremos la conclusión que adopta LLANOS, conciliadora a las posiciones antes mencionadas:

[S]u verdadero efecto es el de una existencia provisoria cuya confirmación provendrá de otras circunstancias. Se trata, por tanto, de un acto jurídico sujeto a condición suspensiva. Las circunstancias que conducirán a la mencionada confirmación serán: la prestación del consentimiento (actos jurídicos) por parte de cada estado interesado, y la entrada en vigor (hecho jurídico), fruto y suma de los actos jurídicos individuales de los actos negociadores...¹⁵

Nos parece adecuada la visión civilista que LLANOS expresa sobre el efecto de la firma en tanto y en cuanto, la misma CVDT establece con el mismo dos efectos sobre esta ratificación, uno para no malograr el objeto y fin del tratado; el otro para poner desde ya en movimiento todo mecanismo que conducirá a su celebración definitiva.

¹² Cfr. G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of international Court of Justice*, Cambridge, Grotious, 1986, p. 203.

¹³ A. CAVARÉ, citado por H. LLANOS, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005 P. 84

¹⁴ International Court of Justice, reports 1951, P. 15.

¹⁵ H. LLANOS, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005 P. 85

Es importante recordar que la CVDT, a más de la firma en sí misma nos comenta como otra forma de autenticación a la *firma ad referendum* y la *rúbrica*. Parece adecuado lo que DE LA GUARDIA Y DELPECH nos enseñan al respecto que la firma ad referendum es aquella que se encuentra sometida a confirmación y la rúbrica es la firma abreviada que permite a los plenipotenciarios un espacio para consultar a su gobierno. Estas firmas suelen ser empleadas cuando el representante no tiene el poder suficiente para firmar o carece de la autorización requerida para ello¹⁶. Es decir que estos dos tipos de autenticación se utilizarán cuando esta voluntad del representante, se encuentra sometida a la aprobación del Estado al cual representa.

Una vez concluida la primera fase, es decir otorgada la autenticación del texto, el tratado pasa al proceso de manifestación del consentimiento estatal al obligarse para el tratado, a continuación una mirada a este proceso.

2.3 Fase final en la conclusión de un Tratado Internacional

La manifestación del consentimiento estatal constituye la base para la formación de las normas y obligaciones internacionales; es decir, la relevancia de esta fase dentro del proceso de celebración de Tratados Internacionales va más allá del simple acto de conversión de un Estado negociador en un Estado contratante. En esta fase, cada Estado expresa al exterior, su voluntad de participar directamente en las relaciones internacionales en condiciones de independencia e igualdad jurídica, al obligarse a asumir un compromiso internacional. Es justamente en este hecho donde se refleja la dimensión exterior de su soberanía, como lo demostramos a lo largo del capítulo I.

Para poder identificar el contexto en el que se desarrollará este capítulo, no olvidaremos la división de poderes como uno de los fundamentos del Estado, que es parte también de la participación del mismo en el concierto internacional de voluntades, al formar el consentimiento estatal en orden a vincularse por un Tratado Internacional. Sobre la manera cómo participan los órganos internos, REMIRO afirma

¹⁶ E. DE LA GUARDIA Y M. DELPECH, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, 1970, p. 210.

que la manifestación de la voluntad de un Estado en relacionarse internacionalmente mediante un tratado es el resultado de un proceso regulado en los Derechos internos por "un conjunto de disposiciones que regulan el quehacer de los órganos que componen el Estado, cuyo rango se extiende desde la Constitución a los vericuetos reglamentarios"¹⁷.

En base a lo dicho, la fase final incluye el análisis sobre cómo funciona la división de poderes en la construcción del consentimiento estatal y cómo se manifiesta al exterior tal consentimiento.

2.3.1 Distintas formas de manifestación del consentimiento estatal para vincularse a un Tratado Internacional.

La CVDT establece en su Art. 2b lo siguiente:

Artículo 2. b._ Se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado (...)

Asimismo, la CVDT enuncia de manera tautológica estas formas de manifestación del consentimiento y de manera amplia, enuncia otras formas que también comprenden manifestaciones del consentimiento estatal:

Artículo 11._ 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.

A pesar de esta enunciación de términos, el alcance interpretativo sobre la libertad de formas de expresión del consentimiento resulta diverso y a ratos confuso. Si

¹⁷ A. REMIRO, *Derecho Internacional* ... p. 223

bien algunos términos como adhesión no ofrecen problemas interpretativos, algunos de ellos presentan dificultades no solo de carácter interpretativo doctrinario, sino dentro de los ordenamientos internos de los países, al regularlos. Por tal motivo, dividimos el análisis de estos enunciados, en especial los de difícil alcance, como la *ratificación, aprobación y aceptación*, amén de interpretaciones doctrinarias de expertos en la materia, quienes nos darán las luces para comparar sus criterios y poder construir una base teórica para entender nuestra realidad de país.

2.3.1.1 Firma, como medio para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un Tratado Internacional.

Hemos enunciado la firma como medio de autenticación del texto de un Tratado Internacional. Sin embargo, hay circunstancias en las cuales la firma representa manifestación del consentimiento estatal, para vincularse por un Tratado Internacional. Este particular se refiere, ya no en el Art. 10 CVDT, que hablaba sobre el efecto de la firma sobre la autenticación del texto del tratado, sino en el Art. 12 de la CVDT¹⁸. Como figura, la firma ofrece algunas dificultades en cuanto a su bifuncionalidad, ya que puede servir “simultáneamente para autenticar el texto del tratado y expresar el consentimiento del Estado en obligarse por él”¹⁹. Sin embargo, nos limitaremos a decir que este medio puede acarrear confusiones sobre el efecto en el tratado, si no se especifica dentro del texto del mismo, el efecto autenticatorio o de consentimiento que representa.

¹⁸ Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados, Artículo 12.- El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la firma de su representante: a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. ..”

¹⁹ M. DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de derecho internacional público*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2001. P. 78

2.3.1.2 El canje de instrumentos, como medio para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un Tratado Internacional, según la Convención de Viena.

La regulación sobre esta forma de consentimiento estatal, está regulada en el artículo 16 de la CVDT. El canje significa el intercambio que hacen los Estados contratantes del documento que contiene la ratificación de un Tratado bilateral, o a su depósito, cuando es un tratado multilateral. Al igual que la firma, esta forma de consentimiento debe constar en el tratado. Autores como REMIRO, GAVIRIA, LLANOS, etc. sostienen que esta fase representa el perfeccionamiento del consentimiento estatal, no una forma de manifestación del mismo, porque es el procedimiento tradicional de los tratados por medio de la ratificación, donde consta la manifestación del consentimiento²⁰. Es obvio sostener esta afirmación cuando en el artículo 16 de la CVDT dice expresamente que es mecanismo por el cual consta el "consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse". A pesar de esta interpretación autores como GONZÁLEZ, SÁNCHEZ Y SÁENZ sostienen que el canje en sí mismo representa una forma de manifestación del consentimiento, pues la notificación es la manera para perfeccionar ese consentimiento gestado al interior del Estado²¹.

Y en este punto criticamos la estructura de la CVDT, instrumento que a más de enunciar tautológicamente las formas de manifestación del consentimiento, confunde el alcance de algunas al manifestar que figuras como el canje es forma de manifestación del consentimiento, a la vez que contiene en sí una forma de manifestación del consentimiento que es la ratificación. En este punto, y al tenor de la autonomía de la voluntad que mantienen los Estados para poder manifestar el consentimiento, creemos que es imprescindible que cada uno de los tratados establezca claramente el momento de manifestación del consentimiento y su medio.

²⁰ A. REMIRO, *Derecho Internacional* ... p. 209

²¹ Cfr. J. GONZÁLEZ CAMPOS, L. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y P. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho*... P. 187.

2.3.1.3 La adhesión, como medio para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un Tratado Internacional.

Conocida como accesión a inicios del siglo XX, este proceso no demuestra ambigüedad en su aplicación, pues es la única forma de manifestación del consentimiento mencionada en la Convención de Viena de 1969 que no utilizan, para sí mismos, los estados negociadores de un tratado bilateral. El artículo 15 de dicha Convención establece que un Estado que no ha participado en las negociaciones de un tratado, puede incorporarse como parte del mismo mediante una declaración de adhesión, siempre que tal posibilidad esté prevista en el texto del tratado o se derive de la voluntad de los estados negociadores o partes. Por ende, una característica fundamental de los procedimientos de adhesión es que el tratado respecto al cual se pretende obligar al Estado, no es autenticado por éste, es decir no participa de la fase inicial de conclusión, antes analizada. Es frecuentemente utilizada en los tratados multilaterales contemporáneos dado su procedimiento, generalmente, simplificado. De manera que, este medio de manifestación del consentimiento ha sido utilizado por los Estados cuando no son parte de la creación de un Tratado Internacional, sino que se vinculan a él, posteriormente a su expedición. La adhesión no encarna mayor problema, puesto que es el recurso del Estado para sumarse a un régimen en vigor y del cual no es parte todavía²²

2.3.1.4 La ratificación, como medio para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un Tratado Internacional.

²² Cfr. R. MÉNDEZ, "La Celebración de los tratados, Genealogía y actualidad constitucional" en *Anuario mexicano de derecho internacional*, México DF, 2001 p. 3

Esta forma de manifestación del consentimiento ha sido la más común, a lo largo de la historia²³. De hecho, en la mayoría de autores consultados, es la única forma que se menciona como forma de manifestación del consentimiento. A más de estar enunciada en los artículos 2 y 11, es desarrollada en el artículo 14 de la CVDT²⁴, al identificar los momentos en los cuales procede. Sobre este modo de manifestación del consentimiento queremos exponer puntos de vista de varios autores, para sustraer una radiografía de sus posiciones y construir la propia.

A breves rasgos ÁLVAREZ nos dice:

[E]s un nuevo examen, después de la negociación y la firma que compromete definitiva e internacionalmente al Estado por medio de un acto solemne suplementario. El acto se encuentra escrito de formas tradicionales y es comunicado a las altas partes (intercambio de ratificaciones para los tratados bilaterales y depósito de ratificaciones cuando son tratados multilaterales)²⁵

Ahora, echaremos un vistazo a lo que REMIRO nos dice con relación a la ratificación; él la define como la forma de manifestación del consentimiento íntimamente unida por origen y significación a la práctica del los Estados, consiste en el acto solemne, que emana de la autoridad máxima del Estado, por la que éste en un instrumento *ad hoc* expresa su compromiso de obligarse por el tratado y cumplirlo en sus términos²⁶.

²³ M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de derecho internacional público*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2001. p. 80

²⁴ Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, Art. 14.- I. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara 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 han convenido que se exija la ratificación; c) cuando el representante del Estado haya 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.

²⁵ L. ÁLVAREZ, *Derecho Internacional Público...* pp. 76 y 77

²⁶ Cfr. A. REMIRO, *Derecho Internacional ...* p. 207

DE LA GUARDIA Y DEPELCH señalan a la ratificación como un “acto por el cual un Estado confirma y acepta un tratado como obligatorio, en forma definitiva y en un instrumento escrito debidamente expedido”²⁷

GAVIRIA nos ilustra diciendo:

[R]atificación es un acto unilateral mediante el cual los órganos constitucionales competentes aprueban un tratado y por tanto, determinan su obligatoriedad internacional. Pero es el derecho de cada Estado el que establece el órgano competente para ratificar. Algunas constituciones reconocen esta función al órgano ejecutivo, otras las reservan al legislativo y algunas que consagran una competencia concurrente entre el órgano legislativo y el ejecutivo del poder público²⁸

GONZÁLEZ, SÁNCHEZ Y SAENZ exponen “ratificación o aprobación- por el Parlamento- de un tratado es un acto de derecho interno que precede a la ratificación internacional del acuerdo y cuya finalidad es autorizar, conforme a la Constitución, al Ejecutivo, para que pueda hacer constar en el plano internacional el consentimiento en obligarse por parte del Estado”²⁹.

LLANOS comenta que el texto del art. 2 de la CVDT no da una definición de ratificación porque se remite a los actos “así denominados” por el derecho consuetudinario. En una postura radical, define a la ratificación como:

[E]l acto internacional por el que se manifiesta el consentimiento del Estado, no a los procedimientos regulados por el procedimiento interno de cada Estado. Agrega además que en la actualidad todos los internacionalistas están de acuerdo en señalar que por este acto debe saberse el acto jurídico internacional por el cual el órgano competente causa vinculación obligatoria del Estado al tratado. Distinguen de esta forma- que es la correcta- la ratificación internacional de todo sistema de aprobación o confirmación de un tratado según los medios previstos en el ordenamiento interno³⁰.

²⁷ E. DE LA GUARDIA Y M. DEPELCH, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, 1970, p 212

²⁸ E. GAVIRIA LIÉVANO, *Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá, 1998, pp. 283 y 284

²⁹ J. GONZÁLEZ CAMPOS, L. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y P. SAENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho...* P. 186

³⁰ H. LLANOS, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público...* pp. 86-88

MONROY C no ofrece un concepto propio sobre ratificación, sin embargo recurre a BASDEVANT para afirmar que la ratificación, tiene por objeto “el acto por el cual el órgano superior de un Estado, generalmente el jefe de Estado, conforma la firma puesta por un plenipotenciario y hace definitivo su consentimiento para quedar obligado por el tratado”³¹.

Una postura conciliadora entre el derecho interno y el derecho internacional, la encontramos en ROSSEAU quien define la ratificación como la “aprobación dada al tratado por los órganos internos competentes para comprometer internacionalmente al Estado”³²

Por su parte, el tratadista ecuatoriano TERÁN expresa “llamada también aceptación o aprobación (...) en esta fase el órgano competente del Estado aprueba el instrumento o tratado en base al procedimiento constitucional interno y como consecuencia de este procedimiento se formula la carta de ratificación”³³.

2.3.1.4.1 División de las diferentes posturas doctrinarias sobre el alcance de ratificación

Del análisis doctrinario realizado en el punto anterior, encontramos varios puntos de convergencia y varios puntos en los que requerimos encontrar consensos para poder entender de mejor forma el alcance de ratificación, es por ello que proponemos una división para sistematizar esta información.

Podemos encontrar como punto común que la ratificación es siempre la exteriorización de la voluntad del Estado, que se manifiesta por un *acto*. De hecho, la palabra *acto* se repite en todas las definiciones, menos en la de ROSSEAU que identifica

³¹ J. BASDEVANT, La conclusión et la redacción des traités et des instruments, diplomatoques autres que les traités, 1926, citado por MONROY CABRA, *Derecho de los Tratados...* p 55

³² C. ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1966, P. 88

³³ M. TERÁN C, *Derecho internacional público contemporáneo*, Universidad Técnica de Loja, Loja, 2003, P. 135

como *aprobación* el término que la define. A pesar de que TERÁN no menciona a la ratificación como acto, la identifica como carta a la expresión final de la manifestación.

Como vemos, al considerar la ratificación como manifestación de la voluntad por medio de un *acto* exteriorizado, encontramos casi unanimidad de criterios. Sin embargo, distinguimos a aquellos autores que incluyen a los procesos internos en el proceso de ratificación; de aquellos que consideran a la ratificación como una manifestación externa única; y a aquellos que incluyen otros poderes del Estado para construir esa ratificación, de aquellos que consideran al Ejecutivo como único artífice de este acto.

Por un lado, tenemos la corriente doctrinaria *estricta* que defiende el concepto de ratificación como una manifestación meramente internacional; es decir, es un solo acto de externalización que es desarrollado por el Ejecutivo. Esta corriente está liderada por LLANOS, quien inclusive aclara que nada tiene que ver el proceso interno de asunción del tratado, con la manifestación de la voluntad externa. En una línea similar podemos citar a REMIRO, quien identifica la ratificación como un acto emanado por la autoridad máxima del Estado. Creemos pertinente acotar en este punto, que el mismo autor no desconoce el procedimiento interno totalmente, sino que lo cataloga como un procedo intermedio entre la firma y la ratificación, pero no dota de un efecto, o de una inclusión específica dentro del proceso que la CVDT plantea³⁴. A la par de estos autores, MONROY C a través de BASDEVANT apoya esta postura porque sostiene que es el órgano superior del Estado es quien manifiesta el consentimiento por medio de un solo acto.

En una línea *intermedia*, observamos que algunos autores si bien identifican a la ratificación como un acto de manifestación internacional, no descartan la construcción de la voluntad inter estatal como parte del proceso de ratificación. Entre ellos podemos encuadrar a ÁLVAREZ, quien dice que la ratificación es un “nuevo examen...”, podemos interpretar que ese examen incluye un proceso interno, no sólo el acto final. GAVIRIA apoya la visión de que el acto de ratificación estatal está en

³⁴ Ver R. REMIRO, sobre “Fase intermedia de aprobación de tratados”, en *Derecho Internacional...*, pp. 223-246

manos de la autoridad designada internamente quien no necesariamente es parte del ejecutivo, sino que puede ser el Legislativo, pero esta emanación no se manifiesta para este autor como proceso, sino como un acto en el que uno de estos órganos o ambos lo realiza.

En una línea *amplia* sobre el alcance de ratificación, GONZÁLEZ, SÁNCHEZ Y SÁENZ presentan un proceso en el que, no solamente constan como posibilidad la participación de otros órganos, distintos al Ejecutivo; sino que definen a la ratificación como un acto de derecho interno en el que, de hecho el parlamento actúa con su aprobación para autorizar al Ejecutivo para que manifieste el consentimiento. Es decir, es un proceso en el que participan ambos poderes. ROSSEAU con mayor concreción que el anterior, define en su misma línea que la ratificación es la aprobación otorgada internamente por los órganos que son competentes para hacerlo. TERÁN la define como un proceso amplio, porque en él se cuenta con la aprobación interna del tratado, para desembocar en la carta de ratificación. Podemos deducir de este análisis dos puntos fundamentales: que la ratificación si bien puede devenir en acto de manifestación del consentimiento, no sólo es el mismo el que forma parte de su haber (pues pueden ser varios) y; que hay confusión en cuanto al término aprobación, pues no aclaran que si esta aprobación es o no parte de la ratificación al tenor de los artículos 2 y 11.

De lo analizado, podemos concluir que no existe unanimidad doctrinaria en las posiciones sobre el alcance de la ratificación, como medio de manifestación del consentimiento de un Estado en orden a vincularse por un Tratado Internacional. De hecho, hemos comprobado que existe división doctrinaria entre saber si el acto incluye o no el proceso interno estatal y de saber si el mismo puede provenir de órganos distintos al Ejecutivo. Este análisis es de importancia en el sustento de nuestra tesis, porque demuestra que la CDVT además de no poseer definiciones exactas sobre lo que abarca ratificación, su doctrina es dispersa. Ahora, nuestra posición sobre la doctrina que debería prevalecer, debe incluir el análisis sobre las otras formas de manifestación del consentimiento, porque nos permitirá tener mayores juicios de valor. A

continuación proponemos un análisis sobre las posturas doctrinarias de estas dos vías de manifestación del consentimiento.

2.3.1.6 La aprobación y aceptación, como medios para manifestar consentimiento estatal, en orden a vincularse por un Tratado Internacional.

La única razón que la CVDT ofrece sobre estos dos términos la encontramos, a parte de los artículos 2 y 11, que las enuncia como formas de manifestación del consentimiento, en el artículo 14.2 el cual las asocia con la ratificación diciendo: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación”. Como la CVDT no nos delimita un camino claro sobre el significado de estos términos, recurriremos una vez más a la doctrina, para saber que nos enseña. Para establecer un análisis homogéneo, utilizaremos la misma muestra de los académicos que dicen algo sobre estos términos, que planteamos para el desarrollo de la ratificación.

ÁLVAREZ al referirse a ratificación incluye una oración para contar como términos sinónimos de ésta, a la aprobación y la aceptación. “En la práctica se presentan dos formas nuevas que son sinónimas: la aceptación y la aprobación.³⁵”

Por su parte REMIRO hace una diferenciación sobre aceptación y aprobación que vale compartirla:

[E]n el orden internacional, cuando un tratado ha sido previamente firmado, la aceptación puede cumplir un papel de sustitución de la ratificación, con un instrumento menos solemne suscrito entre el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores y ciertas economías rituarias. La aprobación es equivalente a la aceptación. Parece más frecuente en las relaciones bilaterales. Conviene no

³⁵ L. ÁLVAREZ, *Derecho Internacional Público...*, p. 76.

confundir la aprobación internacional de un tratado con su aprobación parlamentaria³⁶

GAVIRIA no hace mención alguna sobre la aprobación, sin embargo menciona sobre la aceptación que:

[C]onsiste en que un Estado se hace parte de un tratado con la mera notificación del *instrumento de aceptación*. Es decir, que de acuerdo con este procedimiento la aceptación viene a reemplazar el trámite de la firma, la ratificación o el de adhesión³⁷

GONZÁLEZ, SÁNCHEZ Y SÁENZ, funden en uno solo el concepto de ratificación y aprobación, con la diferencia de que la segunda forma es una forma del parlamento. Además expresan que han surgido las formas de aprobación y aceptación que sustituyen a la clásica ratificación³⁸. Estos autores, a pesar de que nombran a estas formas distintas de manifestación del consentimiento, no las definen con exactitud.

LLANOS, por su parte nos comenta un paralelismo entre aprobación, aceptación y ratificación porque expresa que son términos equivalentes. "Aceptación es de procedencia Estadunidense y su origen radica en la necesidad del Ejecutivo de eludir las disposiciones constitucionales que exigen el consentimiento del Senado para unos Tratado. Dice además que el en procedimiento abierto a "reserva de su aceptación" es el mismo, en el plano internacional, que el de la firma con reserva de ratificación"³⁹

En este punto MONROY C. nos muestra una apreciación propia y dice que "debe observarse que los términos ratificación, aceptación y aprobación son sinónimos o idénticos, y que habría sido preferible utilizar solo el primero para evitar equívocos"⁴⁰

³⁶ A. REMIRO, *Derecho Internacional...*, pp. 208 y 209.

³⁷ E. GAVIRIA LIÉVANO, *Derecho Internacional...*, p. 285

³⁸ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, L. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y P. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho...* P.187

³⁹ H. LLANOS, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público...*, p. 87

⁴⁰ M. MONROY, *Derecho de los Tratados...*, p 55

Por su parte, TERÁN manifiesta que la ratificación es llamada también aceptación o aprobación, y continúa con el proceso, descrito antes sobre ratificación.

De este desglose doctrinario podemos concluir que los académicos desarrollan vagamente la idea y alcance de las formas *aceptación y aprobación*. Por un lado, las vinculan estrechamente con la ratificación, especialmente recalando su paralelismo por la forma en la que operan, a la luz de lo dispuesto en el Art. 14.2 de la CVDT. A pesar de esta unidad, no queda claro, qué órgano estatal lleva la potestad de dirigir estas formas, REMIRO en oposición con GONZÁLEZ, SÁNCHEZ Y SÁENZ manifiesta que no se debe confundir la aprobación, con el proceso interno de cada Estado llevado por el Congreso, es decir que es el Ejecutivo quien dirige este proceso; sin embargo los segundos nos dicen que el proceso de aprobación, a pesar de ser parecido a la ratificación, se diferencia de esta porque es llevado al cabo con la participación del Legislativo. Además REMIRO y GAVIRIA las asocian con las formas simplificadas de manifestación del consentimiento, que se desarrollan posteriormente. Con estas puntualizaciones, es conveniente establecer un análisis que incluya los demás procesos de manifestación del consentimiento, porque hemos comprobado el vínculo, que un lado de la doctrina, adjudica al uno con el otro.

2.3.2 Formas complejas y simplificadas de conclusión de Tratados Internacionales

A lo largo del Capítulo I, hemos visto que desde el advenimiento del Estado la división de poderes es un factor que cruza, entre otros aspectos, en la construcción del consentimiento estatal en orden a ser parte de un Tratado Internacional. A su vez, hemos visto en el presente capítulo, las diferentes facetas de formación de un Tratado Internacional. Sin embargo, antes de realizar un análisis de nuestra propia interpretación, sobre las diferentes formas de manifestación del consentimiento como parte de esta conclusión de los tratados, es conveniente hacer un paréntesis para revisar una división de manifestación del consentimiento, que ha sido construida por la

doctrina, en base a la práctica de los Estados, la cual se fundamenta en la participación de sus poderes, para la conclusión del tratado.

Existen Tratados Internacionales que se concluyen de conformidad con un procedimiento complejo y formal⁴¹. Es decir comprenden todo el proceso tradicionalmente conocido y recogido por la CVDT, como lo hemos descrito en líneas anteriores. En palabras de DIEZ DE VELASCO son aquellos "cuyo perfeccionamiento exige un acto de ratificación autorizada por el Parlamento, la intervención en su proceso formativo del Jefe de Estado como órgano supremo de las relaciones internacionales y el intercambio de los instrumentos de ratificación"⁴². A éstos tratados la doctrina general los ha nombrado como tratados de formación compleja, sin embargo nosotros tomaremos la calificación empleada por MONTAÑO al referirse a estos tratados de formación *compleja*⁴³. Adoptamos esta postura puesto que los tratados de formación simple, como lo demostraremos en líneas posteriores, envuelven también una serie de facetas dotadas de solemnidades. De lo cual se desprende que si bien un grupo de tratados se llevará a cabo con más procedimientos solemnes, no quiere decir que el otro se lleve a cabo sin procedimiento alguno.

Se contraponen a éstos una práctica que obedece a las necesidades que han resultado del creciente número de Tratados Internacionales que celebran los Estados, para relacionarse entre sí. Este fenómeno, que no lo analizaremos, pues no es materia de este trabajo, se debe a la relación cada vez más acelerada que llevan los países, entre otras cosas, por efecto de la globalización⁴⁴. De manera que, para hallar un medio por el cual los tratados no resulten en un proceso excesivamente largo, hay acuerdos que obvian ciertos pasos, para ser concretados.

⁴¹ J., PALLARES, *Derecho Internacional Público*, Leyer, Bogotá, 1996, p.106

⁴² M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002 p. 129

⁴³ C. MONTAÑO, "Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008", en *La nueva Constitución del Ecuador*, Corporación editora nacional, Quito, 2009. PP 271-275

⁴⁴Cfr. G. RODRÍGUEZ, "Derecho Internacional y Globalización", Disponible en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_02.pdf, consultado el 13/11/09

Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 2002 p. 129

Es así como los ordenamientos internos de los Estados plantean que ciertos tratados sean concluidos sólo con la participación del órgano Ejecutivo. HALAJCZUK y MOYA dicen sobre aquellos que son “los que entran en vigor inmediatamente después de la firma; la ausencia de ratificación constituye el criterio jurídico para diferenciarlos de los simplificados”⁴⁵. En este punto DIEZ DE VELASCO, respalda las posturas analizadas en el punto anterior por REMIRO Y GAVIRIA, porque sustenta que la vía simplificada no sólo hace referencia a la ausencia de ratificación, sino que incluyen cualquier otro medio de manifestación del consentimiento, distinto a ésta, como lo es la aprobación, la notificación, la aceptación o la adhesión. Aclara además que al hablar de formas simplificadas se hace referencia al plano internacional, pues internamente siguen en muchos casos un proceso paralelo al de la ratificación.⁴⁶

Como se ha demostrado, mediante las formas simples de conclusión de Tratados Internacionales, la manifestación del consentimiento se produce con la sola firma del mismo, lo que obviaría toda la *parte final*, que hemos tratado en el punto 2.3 de este trabajo. Sin embargo, DIEZ DE VELASCO rompe con esta unanimidad al decir que también se incluye a esta forma, otras como la aceptación y la aprobación; de lo que concluimos que las formas simplificadas no están muy bien delimitadas en el plano doctrinario; y hasta resulta su interpretación contradictoria pues si aceptación y aprobación son sinónimos de ratificación y el rasgo característico de las formas simplificadas es prescindir de la ratificación, entonces sus sinónimos no pueden ser incluidos como parte de este proceso.

Al prestar atención sobre la forma solemne o compleja, por la cual los pasos de negociación, firma y manifestación del consentimiento son determinantes para definir esta manera de concreción del tratado, ocurre lo opuesto que con la simplificada, pues hay unanimidad de criterios al entender lo que abarca. Sin embargo de esta unanimidad, nos queda reparar en un punto, cual es el que los doctrinarios mencionan “negociación, firma y ratificación” como pasos de esta forma de concreción del tratado, pero como lo hemos demostrado existen otras formas, distintas a la

⁴⁵ B. HALAJCZUK y M. MOYA, *Derecho Internacional Público*, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 100, 101

⁴⁶ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002 p. 129

ratificación que incluyen el proceso de manifestación del consentimiento estatal. Por tal motivo, a mi parecer, la doctrina debería incluir en lugar de ratificación el genérico manifestación del consentimiento, pues resulta excluyente de las otras formas (adhesión, aprobación, aceptación e incluso canje), el definir sólo a la ratificación como paso final para sustentar la conclusión del tratado.

2.4 Sistematización de las diferentes posturas doctrinarias en cuanto a las formas de manifestación del consentimiento en orden a vincularse por un Tratado Internacional

A lo largo del punto 2.3 hemos revisado varias interpretaciones sobre lo que constituye manifestación del consentimiento estatal, a partir de las disposiciones de la CVDT. Ahora, es necesario construir una sistematización, para poder plantear nuestra postura al respecto estos puntos de vista.

Por un lado, los tratadistas que analizan la fase del consentimiento sobre el canje, están divididos, pues al tenor de la propia CVDT, el canje representa tanto una forma de manifestación del consentimiento, como un medio de conducción de otra forma, que es la ratificación. Esta paradoja tanto normativa, como doctrinaria, nos hace reflexionar sobre si el canje es una forma de manifestación del consentimiento, no llevaría en sí a otra forma, como lo es ratificación. Criticamos, al igual que parte de la doctrina, la redacción de la CVDT que debió proponer el perfeccionamiento de la manifestación del consentimiento, por medio del canje o el depósito y no enunciarlo como de la manifestación del consentimiento pues si llevó en sí otro medio es ilógico establecerlo como tal.

Sobre la firma, como medio de manifestación del consentimiento, queda claro que es aplicable en los tratados concluidos de forma simplificada. Apoyamos la corriente doctrinaria que reserva a la firma como forma de consentimiento en estos tratados; no con aquellos que incluyen las otras formas de consentimiento

(especialmente, aprobación y aceptación), pues esto resultaría contradictorio. En efecto, si la firma reemplaza a la ratificación en la forma simplificada; nunca, los procesos de aceptación y aprobación (que llevan el mismo proceso de la ratificación) podrían ser usados en esta vía de conclusión.

Sobre la ratificación, podemos decir que apoyamos la corriente amplia de interpretación de este concepto, por las siguientes razones: a) Al sostener que es un proceso externo de la voluntad, ocurrido en un solo acto, se está dejando en el limbo los procesos internos de construcción del consentimiento. En ninguna parte de la CVDT se regula el momento en el que el Estado construye su voluntad interna, sin embargo, existe una causal de nulidad que deviene de las falencias que pueda haber en este proceso interno. Lo que nos permite visualizar que no hay otro momento, en las fases de conclusión de tratados que plantea la CVDT, en el que se pueda incluir la construcción del consentimiento estatal interna, la fase ideal es la ratificación. Por este motivo apoyamos la ratificación como un proceso, que deviene en acto, pero que incluye algo más que su sola manifestación; porque el considerar la sola manifestación externa representaría obviar los procesos internos y no habría jamás la invocación de la nulidad por problemas internos, pues lo único que vale es la voluntad manifestada b) Cuando la doctrina sostiene que es el órgano máximo quien ratifica los tratados, se está dejando de lado otra vez la participación de los órganos internos, distintos al ejecutivo. En cuyo caso, sería siempre este poder el que decide sobre los tratados, obviando una vez más el aporte interno que debe haber a la par de la manifestación externa. Entonces, si son los distintos órganos quienes participan de esta manifestación del consentimiento, puede haber la previsión de nulidad que acarrea el tener problemas internos en la formación del mismo.

A pesar de que apoyamos la tesis interpretativa amplia, sobre lo que incluye ratificación, subyace la duda de saber, si es que podría observarse como aprobación y aceptación a los términos por los cuales puede el Legislativo ser el ente que manifiesta la voluntad en obligarse, o si de la misma ratificación puede ser otro poder distinto al ejecutivo quien la lleve adelante. En efecto el uso de conceptos como el de *aprobar o ratificar*, plantea situaciones equívocas e importantes dificultades para determinar con

exactitud las competencias del Ejecutivo y del Parlamento en materia de manifestación del consentimiento. No contribuye tampoco a identificar con precisión el momento en que procede la autorización del Poder Legislativo en la formación de la voluntad del Estado. Sobre las consecuencias de esta confusión terminológica REMIRO se pronuncia "favorecen la creencia errónea de que es el Legislativo quien aprueba o ratifica en el orden internacional el Tratado y no aclaran, sino todo lo contrario, el momento de la intervención del Legislativo..."⁴⁷ Sobre la apreciación de REMIRO, coincidimos en cuanto a las consecuencias, más no en decir que es una creencia errada, pues ya lo hemos demostrado que es posible que el legislativo actúe como ente que brinda la manifestación del consentimiento. Entonces si el Legislativo tiene la posibilidad de ofrecer el consentimiento estatal, debe ser cada Estado, con la más prolija precisión quien determine a qué ente le corresponde manifestar el consentimiento y de qué forma.

Al realizar este análisis, podemos observar que la CVDT, no tiene disposiciones que permitan establecer coherencia de contenidos en las formas de manifestación del consentimiento. Tanto es así, que la doctrina llega a entablar conceptos vagos que no agotan el contenido de la norma y pueden prestarse a distintas interpretaciones. De manera que, ante la insuficiencia de contenidos doctrinarios y normativos, son los propios Estados, los llamados a modular estos conceptos y tejer una coherencia de acuerdo a su propia circunstancia. Esto lo afirmamos basándonos en los principios de soberanía estatal y de autonomía de la voluntad, vistos en el capítulo I. El primero, nos permite plantear como salida, el modular en el ordenamiento interno los alcances de la CVDT, en materia de construcción del consentimiento para obligarse por un tratado, es decir establecer los momentos y los actores que fungen para expresar ese consentimiento como DIEZ DE VELASCO lo afirma,

[L]a soberanía nacional se organiza mediante un sistema de división de poderes en que el legislativo se reserva la autorización del ejecutivo para ratificar o no la efectiva aplicación práctica del Tratado. Los mecanismos de autorización para la manifestación del consentimiento, de reparto de

⁴⁷ A. REMIRO, *Derecho Internacional...*, p. 119

competencias entre los poderes del Estado, dependen de su derecho constitucional.⁴⁸

El segundo, nos permite plantear que sea el propio tratado, por medio de las disposiciones de los Estados, quien delimita los momentos del consentimiento y su manifestación, contruidos de acuerdo a la participación interna de órganos en la materia.

2.5 Entrada en vigor de los Tratados Internacionales

Según el artículo 24 de la CVDT la entrada en vigor de los Tratados Internacionales se produce en las siguientes circunstancias:

Artículo 24.- 1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores. 2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrara en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado. 3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa. 4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticidad de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas. Las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto.

Por medio de este artículo comprobamos la autonomía que tienen los Estados para determinar libremente ciertos hechos para que un tratado entre en vigor: una fecha fija, o una fecha después de pasado cierto tiempo que se dio la manifestación del

⁴⁸ M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho...* p. 132.

consentimiento. Por ello, el artículo 24.1 dice que el tratado entra en vigor como lo dispongan los negociadores.

El número 2 de este mismo artículo prevé una norma que por defecto, tomará vigencia, de no haber acuerdo sobre este punto en el tratado. El número 3 ilustra dos condiciones para que un tratado entre en vigor a) que el tratado entre en vigor conforme a sus propias disposiciones y b) que el Estado exprese su consentimiento definitivo en obligarse. Si éste es otorgado después de la entrada en vigor, el tratado entrará a regir para el estado que prestó su consentimiento en la fecha de éste y no desde la fecha de entrada en vigor del tratado.

Finalmente, el número 4 tiende a admitir que desde la adopción del texto del tratado, ciertas disposiciones de él tienen efectos jurídicos para los Estados, aun cuando el tratado no esté formalmente en vigor⁴⁹.

Ahora, es importante concatenar a este análisis, lo visto en el punto 2.3.1.2 del presente trabajo. En efecto, dijimos que algunos autores consideran que el perfeccionamiento en la manifestación del consentimiento, de un tratado puede darse a través del canje o el depósito. REMIRO ilustra este punto, como parte del proceso al decir que reiteradamente se observa la manifestación del consentimiento y su posterior perfeccionamiento como un hecho único. Sin embargo, analizando las disposiciones de la CVDT, podemos distinguir entre el acto de manifestación del consentimiento y las modalidades por las cuales se puede dejar constancia en el plano internacional, especialmente a los demás contratantes, del momento en el que se ha realizado ese acto, que es lo que se ha denominado perfeccionamiento del consentimiento⁵⁰.

DIEZ DE VELASCO se manifiesta en este sentido cuando dice que, por regla general los tratados comienzan a surtir efecto a partir de su entrada en vigor, pero que a veces no es así. De manera que la CVDT ha combinado "el criterio del momento del otorgamiento del consentimiento con el de voluntad de las partes"⁵¹. Por tal motivo,

⁴⁹ Cfr. LLANOS, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005 Pp. 244 y 245

⁵⁰ Cfr. A. REMIRO, *Derecho Internacional...*, pp. 108-112

⁵¹ M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho...* p. 138

autores como PALLARES comentan que el tratado entra en vigor con el canje de los instrumentos bilaterales o el depósito de los instrumentos multilaterales. Con esto podemos concluir que el perfeccionamiento del consentimiento, a través del canje o depósito, puede conllevar, en ocasiones, la entrada en vigor de obligaciones del tratado.

2.6 La nulidad de los Tratados Internacionales por vicios en el consentimiento estatal interno.

El CVDT establece varias causales para determinar la nulidad de los Tratados Internacionales. Muchos de los doctrinarios, como: DE LA GUARDIA, DIEZ DE VELASCO, MONROY Y ÁLVAREZ⁵², enfocan la interpretación de las disposiciones de la CVDT con las figuras de derecho contractual. Asimilando esta materia, a las nulidades generales utilizadas en materia Derecho Civil, la doctrina ha identificado causales de nulidad Absoluta y Relativa, por las que los tratados dejarían de tener validez. En efecto, en el derecho internacional no existe, como existe en el derecho civil, disposiciones que establezcan o puntualicen las diferencias entre nulidad relativa y nulidad absoluta, por lo que se ha trasladado del derecho interno al derecho internacional los principales parámetros de lo nulo y de lo anulable, sobre todo al tenerse presente que lo que es nulo no es susceptible de convalidación, confirmación o ratificación, en tanto que los actos y negocios anulables no solo son confirmables o ratificables sino que, además precluye la acción.

Por su simplicidad y concreción, daremos un breve vistazo a la interpretación doctrinaria de LA GUARDIA, delegado por Argentina en el desarrollo de la Convención de Viena de 1969. Queremos proporcionar un abrebocas de lo que se ha analizado por parte de algunos doctrinarios, que recoge de LA GUARDIA en razón de las causas de

⁵² Ver: E. DE LA GUARDIA, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1997, pp. 468-489; M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 171-172; M. MONROY C., *Derecho de los Tratados*, Editorial Leyer, Bogotá, 1995, pp. 172-192; L. ÁLVAREZ, *Derecho Internacional Público*, Editorial CEDI, Bogotá, 1998.

nulidad absoluta por vicios sustanciales del consentimiento. Así pues se equipara como causales de nulidad absoluta a la coacción sobre el representante del Estado, dispuesto en el Artículo 51 de la Convención de Viena; la coacción sobre el Estado en sí mismo, contenido en el Artículo 53 de la CVDT y la violación de la regla *jus cogens*, establecida en el Artículo 53 de la Convención de Viena. Asimismo, indicaremos tres causas de nulidad relativa que son: el error, el dolo y la corrupción del Representante del Estado, establecidas en los Artículos 48, 49, y 50 de la Convención de Viena de 1969⁵³.

Recogiendo la visión doctrinaria moderna, identificamos la ratificación imperfecta como causales de nulidad relativa establecida en el Artículo 46 de la CVDT y la nulidad por restricción de poderes del representante del Estado establecida en el Artículo 47 de la misma Convención⁵⁴. Justamente la ratificación imperfecta es la causal que amerita detenimiento, en cuanto es la consecuencia posible, que hallamos cuando las disposiciones de manifestación del consentimiento estatal son ambiguas.

Las disposiciones contenidas en los Artículos 46 y 47 de CVDT, han sido identificadas por de LA GUARDIA causales de nulidad relativa por vicios formales del Tratado. Son vicios formales, porque no atentan al fondo o contenido del tratado, sino a su construcción de forma. La ratificación imperfecta, que se refiere al incumplimiento de las restricciones impuestas por el derecho interno del Estado, está vinculada a la potestad de negociar un tratado y a la potestad para manifestar el consentimiento del mismo. Estas disposiciones, pueden ser administrativas, pero principalmente son constitucionales. Como segunda causal tenemos la restricción de poderes del representante del Estado que suscribe el tratado, restricción que debe constar en el

⁵³ E. DE LA GUARDIA, *Derecho de los Tratados...*, pp. 469.

⁵⁴ Artículo 46 de la Convención de Viena.-1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe. Artículo 47 de la Convención de Viena de 1969: Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado. Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificadas con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a os demás Estados negociadores.

texto de sus poderes o establecerse cuando ya ha iniciado la negociación en cuyo caso debe notificársele la restricción con antelación a la manifestación del consentimiento a los otros negociadores.

Dentro de la ratificación imperfecta el elemento fundamental es el vicio en el consentimiento interno del Estado en obligarse por un tratado, ya sea al suscribir el tratado, cuando entra en vigor, o bien, al aprobarse o ratificarse el mismo.

Al describir esta última nulidad, bien podemos identificar la nulidad fundamental en la que un Estado incurriría al no establecer claramente las potestades de los representantes estatales, en orden a manifestar el consentimiento estatal. Tal es esta apreciación, como lo indica CORRAL "(.) Que un problema de competencia entre órganos locales concerniente al perfeccionamiento de un instrumento internacional, puede acarrear su nulidad. (...)"⁵⁵

En este punto, es importante señalar lo que Díez de Velasco acota sobre el proceso que seguiría España para llevar al cabo esta nulidad y que, eventualmente también sería extensible al caso ecuatoriano si se verificaría inconstitucionalidad en el proceso de manifestación del consentimiento en un tratado:

[S]i la sentencia del Tribunal Constitucional constata la inconstitucionalidad del procedimiento seguido para la manifestación del consentimiento (art. 46 del Convenio de Viena), esa sentencia sobre la inconstitucionalidad extrínseca o externa permitiría a España alegar internacionalmente la nulidad del tratado siguiendo el procedimiento previsto en los arts. 65 a 68 del Convenio de Viena. Pero también se podría subsanar el vicio del consentimiento iniciándose nuevamente, de forma correcta, el procedimiento previsto en nuestra Constitución para la prestación del consentimiento.⁵⁶

Sobre este mismo punto, de la forma cómo procede este tipo de nulidad, recordamos que la Corte Constitucional (Tribunal en España) no estaría apta para declarar, bajo ninguna circunstancia la nulidad del tratado. Este ente más bien sería el llamado a conducir este problema ante instancia internacional, como única causal para

⁵⁵ F. CORRAL, *Tratados Internacionales*, en diario El Comercio, Quito, 28 de agosto de 2008

⁵⁶ M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones...*, P. 240

invocar derecho interno en la CVDT. Así lo ilustra REQUEJO al referirse al mismo caso español:

[S]i aprecia que del contenido del tratado se desprende la necesidad de seguir un procedimiento de incorporación distinto del observado, la sentencia del Tribunal Constitucional sólo puede producir la nulidad (art. 39 de la LOTC) de los actos internos de incorporación, así como, necesariamente, la obligación para los órganos competentes (Gobierno y Cortes Generales) de proceder, con arreglo al art. 96.2 de la Constitución, a la denuncia del tratado objeto de controversia, con el fin de que, en aplicación del artículo 46 del Convenio de Viena, se proceda en la forma en que dispone el ordenamiento internacional cuando se pretende que un tratado deje de ser aplicable en un Estado que ya se ha comprometido internacionalmente a observarlo⁵⁷.

Internacionalmente y sobre esta nulidad no existen fallos en que la misma haya sido considerada al alegarse por un Estado. Por ejemplo la Corte Internacional de Justicia en el caso de Delimitación Marítima entre Nigeria y Camerún, en el cual Nigeria alegaba la nulidad de la Declaración de Maroua, por falta de ratificación del Consejo Supremo Militar. La Corte descartó esta tesis de Nigeria porque a su juicio, el artículo 46 de la CVDT se aplica a reglas de derecho interno de importancia esencial y manifiesta, y las restricciones en la capacidad del Jefe de Estado no son manifiestas en el sentido del párrafo 2 de dicho artículo, salvo que se hubieran hecho públicas de manera manifiesta. No es el caso, además Camerún estaba obligado a dicha restricción. Por ende, declara que tal Declaración es válida⁵⁸.

Del mismo modo, la Corte Internacional de Justicia reconoce la trascendencia de la ratificación de los Estados en el caso Ambatielos. En esta sentencia, la Corte se atribuye competencia para derivar el fallo sobre el fondo del caso a una Comisión de

⁵⁷ J. REQUEJO, "Consideraciones en torno a la posición de normas internacionales en el ordenamiento español", en Revista Española sobre Derecho Internacional, disponible en: http://74.125.155.132/scholar?q=cache:_bayd_CgZxoJ:scholar.google.com/+nulidad+art%C3%ADculo+46+Convenio+de+Viena&hl=es&as_sdt=2000, visitado el 14 de noviembre

⁵⁸ Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening) - Judgment of 10 October 2002 - General List No. 94 (-2002). Paragraph 262-265 <http://www.un.org/unowa/unowa/scdocs/20021010.pdf>. 12/11/2009

Arbitraje. Justamente la invocación por parte del gobierno de Grecia fue que la Corte conociera el caso y se sometiera su decisión a la Comisión de Arbitraje, mientras el Gobierno de Gran Bretaña sostenía que el instrumento por el cual se le obligaría a someter el caso a Arbitraje no fue parte del Tratado de Navegación Greco Británico del cual una declaración anexa facultaba a que las controversias sobre temas de este tratado se sometieran a arbitraje. El argumento de la Corte para derivar el fondo de este caso a arbitraje, se basó en certificar la validez del documento anexo en cuanto a que, cuando ambos gobiernos ratificaron el Tratado. De los términos “Tratado cuyo texto es palabra, por palabra, como sigue” y del texto mismo surge claramente que el Reino Unido también consideró la Declaración como incluida en el Tratado. “La ratificación de un Tratado que prevé su ratificación – tal como sucede con el presente – es condición indispensable para que el Tratado entre en vigor.

No se trata entonces de un mero acto formal, sino de un acto de vital importancia. Puesto que el Gobierno de Reino Unido dice, en su propio instrumento ratificatorio que el Tratado es “palabra por palabra como sigue” y luego incluye la Declaración en su texto, resulta imposible a la Corte decidir que la Declaración no forma parte del Tratado⁵⁹.

Al observar estos fallos vemos que la jurisprudencia internacional se nos revela como limitadamente eficaz en materia de manifestación del consentimiento del Estado para obligarse por tratados internacionales. Como MOREÉ lo ilustra:

[E]l escaso número de esas declaraciones, el criterio uniforme que en ellas ha prevalecido, lo concreto y ajeno al tema de las cuestiones resultas y la claridad con que lo han sido, tampoco ofrecen campo al comentario de los hechos y el contenido de la decisión como se acostumbra. Cabe esperar que en un futuro no lejano esta situación cambie lo suficiente como para propiciar un examen más profundo del tema y un debate más abierto⁶⁰

⁵⁹ Cfr. Corte Internacional de Justicia. Judgement of May 19th 1953, recueil, Pp 29 a 46.

⁶⁰ J. MOREÉ C, “La jurisprudencia internacional y su eficacia en la manifestación del consentimiento de los estados para obligarse por tratados”, *Derecho y Cambio Social*. Disponible en <http://74.125.47.132/search?q=cache:KVaM->

Al analizar la manera por la cual la CVDT construye un camino para la conclusión de Tratados Internacionales, hemos comprobado que existen conceptos no desarrollados, los cuales se ilustran por medio de las interpretaciones doctrinarias de varios internacionalistas; quienes a pesar de coincidir en varios planteamientos, no establecen unanimidad de criterios. Por tal motivo, es necesario que los países establezcan en sus ordenamientos internos, disposiciones que orienten a sus representantes hacia una práctica clara, que armonice las disposiciones de la CVDT con las domésticas.

CAPÍTULO III

PROCESO DE FORMACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN ECUADOR, A LA LUZ DEL CONVENIO DE VIENA

No basta tener buen ingenio, lo principal es aplicarlo bien

R. DESCARTES

3.1 Generalidades sobre las funciones de los poderes del Estado, determinados en la Constitución Política del Ecuador, en orden a concluir Tratados Internacionales.

A lo largo del primer capítulo hemos comprobado que la facultad de relacionarse internacionalmente es una prerrogativa de todos los Estados, que está regulada por las normas internacionales y normas nacionales que convergen. Durante el segundo capítulo hemos visto que la principal directriz internacional para regular el proceso de conclusión es la CVDT, pero que sus disposiciones e interpretación son limitadas, por lo que invitan a los Estados a complementarla al tenor de su propio ordenamiento jurídico.

El análisis de los procesos internos de construcción del consentimiento estatal, difiere de acuerdo a cada país, por lo que existen tantas disposiciones, como ordenamientos jurídicos. La muestra del análisis sobre las disposiciones que regulan la

construcción de la voluntad estatal será la perteneciente al Estado ecuatoriano. De manera que desarrollaremos un esquema de cómo el país maneja la conclusión de los Tratados Internacionales que lo vinculan. El fundamento y la práctica de los distintos órganos que intervienen en este proceso, verificando la corresponsabilidad de los poderes con el fundamento de su división (analizado en el capítulo I) y empatando su alcance con las interpretaciones sobre la CVDT que hemos visto, son parte de este esquema.

La celebración de todo Tratado Internacional tiene que sujetarse al Derecho interno de los Estados para que sea efectiva, como lo hemos comprobado en los capítulos anteriores. Nuestro país tiene una participación amplia de los órganos que lo componen, para concluir instrumentos internacionales¹. Ejecutivo, Legislativo, Corte Constitucional y la posibilidad de participación del pueblo, por medio del referéndum, son los actores que participan en la conclusión de los tratados, a la luz de la Constitución del 2008, que fue aprobada por la Asamblea Constituyente el 24 de julio de 2008 y publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008. Veamos con base a qué figuras, se inscribe esta participación y si estas formas se adaptan o interpretan de manera armónica a las disposiciones de CVDT.

3.2 Participación del Ejecutivo

El protagonista principal de las relaciones exteriores del Estado es el Poder Ejecutivo, como lo hemos visto en el capítulo II. A pesar de que la CVDT no otorga tal protagonismo a este poder, sino expresamente dentro de la representación como plenipotenciario, las referencias doctrinarias que hemos establecido, nos dan luces sobre este rol; pues muchos de los académicos estudiados, interpretan la ejecución de las disposiciones de la CVDT en manos del Ejecutivo, a lo largo del proceso de

¹ Cfr. M. ALCÁNTARA Y F. SÁNCHEZ, "Las Relaciones Ejecutivo-Legislativo en América Latina", en *Revista Nueva Época*, 2001. Disponible en http://americo.usal.es/oir/legislalina/papers/REPNE_112_055.pdf. Visitado 12/11/2009, p. 4

conclusión de los tratados. A continuación, presentamos las principales disposiciones constitucionales, que hacen referencia al Poder Ejecutivo, para entender cómo se manejan en el interin las figuras analizadas en el capítulo anterior.

La referencia sobre la competencia general de dirección de las Relaciones Internacionales, encuadra su cometido en las instituciones del Ejecutivo que conforman el Gobierno Central, así lo dispone el artículo 261, que define como facultad exclusiva de este cuerpo gubernamental:

Art. 261.2.- Las relaciones internacionales

Art. 261.9.- Las que corresponda aplicar como resultado de las relaciones internacionales.

De éstos artículos podemos tener una lectura por la cual la responsabilidad estatal en cuanto a las Relaciones Internacionales y específicamente de los Tratados Internacionales se encamina a la dirección central; es decir, a los órganos distintos a los de los gobiernos seccionales. En este punto, podemos concordar con las disposiciones de la CVDT, como lo vimos en el acápite 2.2, otorga representación para concluir los Tratados Internacionales, justamente a los miembros que conforman el Gobierno Central, como son el Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores y los representantes diplomáticos acreditados, cuando no hay disposición expresa en el tratado².

El artículo 147 de la Constitución describe entre las principales competencias del Presidente de la República:

Art. 147. 1.- Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y *los Tratados Internacionales* y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia.

Art. 147. 10.- Definir la política exterior, suscribir y ratificar los Tratados Internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión.

² Ver disposiciones del artículo 7.1 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados. P. 16

En concordancia con este artículo, el Art. 418 de la Constitución dota al Presidente de esta misma potestad, con algunos aditamentos, de la siguiente manera:

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.

De una primera lectura sobre potestad ratificatoria, debemos decir que el artículo 147 difiere del 418, porque el primero abarca un amplio espectro de acción, que incluye la suscripción y ratificación de los tratados. De lo cual entendemos que el Presidente actúa a lo largo de todo el proceso de conclusión del tratado. Sin embargo, la disposición del 418 confunde en tanto dice que al Presidente le corresponde suscribir *o* ratificar los Tratados Internacionales, lo que significaría que es una u otra opción.

De lo dicho, podemos deducir al menos dos interpretaciones: a) que al presidente le corresponde suscribir y ratificar todos los tratados, en dos momentos diferentes; b) que al presidente le corresponde suscribir en ciertos casos y ratificar en otros; c) que suscribir y ratificar, según la Constitución, o que ellas son sinónimos; en cuyo caso la conjunción *o* se confundiría con *y* pues no tendría mucho sentido enunciarla, si no es un proceso diferente.

Sobre éstas interpretaciones nos queda plantear un posible problema en la capacidad que pueda tener el presidente para concluir todos los tratados, especialmente si tomamos la conjunción *o*, como opción de la prerrogativa presidencial. Esto se colige porque al Presidente le correspondería llegar hasta la primera fase, pero la fase de manifestación del consentimiento puede estar en manos de alguien más, porque hace lo uno o lo otro. Dejamos abierto este tema, para seguirlo desarrollando a lo largo de este capítulo, con más elementos de análisis.

Otro de los puntos de interés que debemos recalcar es sobre la interpretación de canje y depósito que hace esta Constitución. Para nuestra Carta Fundamental aparentemente estas figuras serían acogidas como medios para que un tratado entre en vigor, más no como medios de manifestación del consentimiento en sí mismo.

Es importante recordar que la Constitución del 2008 introduce la notificación al Legislativo, como un innovador requisito para la conclusión de tratados, que no estuvo presente hasta la Carta Magna de 1998³. Si comparamos esta disposición, con las interpretaciones doctrinarias sobre la manifestación del consentimiento, veremos que el incluir a otro poder estatal en este proceso, se inclina a tomar la doctrina *amplia*, por la cual la ratificación es a más de una mera manifestación externa, un proceso de construcción interno que cuenta con la participación de otros órganos, distintos al Ejecutivo. A pesar de la innovación aparente, podemos inferir que otra perla del constituyente nos induce a crear confusión en el alcance sobre el poder ratificatorio. En efecto, si el Legislativo debe ser notificado siempre sobre los Tratados Internacionales, qué pasa con el poder aprobatorio e inclusive ratificatorio que le otorga la Constitución, en otros artículos, ¿Este deber de Ejecutivo incluye a todos los tratados concluidos con aprobación del Legislativo? Sobre la respuesta a esta pregunta MONTAÑO nos ilustra diciendo:

[A] mi juicio, con este mandato la Constitución establece que para todos los casos de los tratados internacionales, sean de formación compleja o de formación ejecutiva, se requiere dar a conocer a la Asamblea Nacional la suscripción del instrumento, así como sobre su carácter y contenido⁴.

De lo dicho debemos concluir que todos los tratados estarían sujetos a la notificación para el Legislativo, pero esta disposición no tiene mayor sentido, de no haber un efecto

³ Cfr. X. FLORES, "Relaciones Internacionales en la Constitución del 2008", en *Desafíos constitucionales: la constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 243

⁴ C. MONTAÑO, "Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008", en *La nueva Constitución del Ecuador*, Corporación editora nacional, Quito, 2009, p 271

frente a su ausencia; como no hay una consecuencia sobre la falta de notificación, no sabemos el efecto práctico de ésta disposición.

3.3 Participación de la Asamblea Nacional.

La CVDT no menciona tópico alguno de participación en específico sobre el Poder Legislativo en la conclusión de Tratados Internacionales. En efecto, hemos comprobado que es potestad de las Constituciones el regular esta materia y de acuerdo al lo concluido sobre manifestación del consentimiento, entendemos que es dentro de este proceso, contemplado por la CVDT, donde encuadraría la labor de este Poder⁵. Veamos cómo la Constitución del 2008 ha otorgado prerrogativas a esta rama del poder, y comparando con las interpretaciones doctrinarias, veamos qué línea ha adoptado el legislador constitucional para nuestro país.

El artículo 120 de la Constitución describe las atribuciones generales que ostenta el Poder Legislativo, que es la Asamblea Nacional. En razón de la materia que nos ocupa, la Constitución establece como atribución:

Art. 120.8. - Aprobar o improbar los Tratados Internacionales en los casos que corresponda.

Al mirar en las disposiciones sobre los casos que podrían encuadrar en la disposición anterior, el artículo 419 solicita la aprobación Legislativa, previa a la ratificación, en los siguientes casos:

Art.419.- 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.

⁵ Cfr. M. ALCÁNTARA Y F. SÁNCHEZ, "Las Relaciones Ejecutivo-Legislativo...", p. 10

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.

Haciendo hincapié el trabajo de la Asamblea, la Carta Magna incluye el Dictamen de la Corte Constitucional, previa la participación de la rama Legislativa en la manifestación del consentimiento. De esta manera redacta su cometido:

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.

De una primera lectura sobre estos artículos, podemos decir que la participación del Legislativo es confusa, no tiene coherencia y da paso a que distintas interpretaciones que pueden traer consecuencias no deseadas sobre el proceso de concreción de la voluntad estatal para vincularse a un Tratado Internacional. Esta afirmación podemos realizarla en base a los siguientes argumentos:

a) El artículo 120 de la Constitución otorga la facultad al Legislativo de aprobar, en “ciertos” casos los Tratados Internacionales. A la luz de lo analizado en el punto 2.3.1.6, al no haber unanimidad doctrinaria y ante la imprecisión de la CVDT, podríamos decir que aprobar, por ser sinónimo de ratificación, encuadra dentro de las formas de manifestación del consentimiento del Estado Ecuatoriano. Más aun si consideramos que la Constitución no hace referencia alguna, en este artículo, de lo que significa para el consentimiento interno, esta participación. Por último, el artículo 438 reconoce la facultad ratificatoria, sin distinguir casos específicos, a la Asamblea; como lo observamos en el acápite 2.3.1.5, la ratificación tampoco tiene unanimidad de criterios sobre el actor que la lleva adelante. Ante esta falencia de redacción, podríamos afirmar que el Legislativo podría ser el ente que otorgue el consentimiento internacional de los tratados.

b) Se torna aun más difícil la lectura de estas disposiciones, en tanto el artículo 419, señala los casos por los cuales procede la aprobación, como requisito previo a la ratificación, sin mencionar el actor que lleva al cabo ésta acto. En efecto, confunde drásticamente el hecho de que éste artículo establezca la ratificación como un hecho distinto al realizado por la Asamblea Nacional, cuando en el artículo 438 menciona específicamente que lo realiza éste poder.

c) A lo largo de estas disposiciones no se hace mención alguna de las consecuencias que acarrea el no contar con la aprobación Legislativa en el proceso de conclusión de un tratado. Si la disposición estuviese clara, al menos de lo que pasa, de no contar con la aprobación, se podría deducir cual es el rol específico del Legislativo en el proceso de conclusión de un Tratado Internacional.

Para sistematizar las funciones de la Asamblea Nacional, en orden a entender el proceso en el Ecuador, debemos analizar la función de la Corte Constitucional y también el rol del referéndum en este proceso.

3.4 Mecanismo de Participación Democrática Directa.

El artículo 420 de la Constitución inserta la participación de un actor adicional en el proceso de manifestación del consentimiento. En efecto es el Pueblo, a través del referéndum, quien participa de la siguiente manera:

Art. 420 (Constitución Política del Ecuador).- La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República. La denuncia [de] un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó.

En vista que esta disposición es la única que se presenta en la Constitución, realizaremos un breve análisis de las connotaciones prácticas que tiene esta disposición

para la concreción de la voluntad estatal, pero antes, queremos establecer un panorama teórico de los alcances de esta figura en la materia que nos ocupa.

La figura del referéndum en el proceso de conclusión de un Tratado Internacional “es un mecanismo de control directo de la norma convencional, por la que se somete su ratificación a la decisión del voto popular”⁶. Es decir, es un medio por el cual el pueblo se pronuncia sobre la conveniencia de obligar al Ecuador por un Tratado Internacional.

VILLARROEL recoge de la experiencia de varios países y sistematiza en cuatro, las clases de referéndums, por los efectos que conlleva su aplicación. De esta manera, existen referéndums de carácter *facultativo*, los cuales no producen efecto jurídico de vincular al gobierno en su resultado. En este supuesto la figura carece de interés práctico, pues en última instancia es el Presidente, con beneplácito del Congreso quien decidirá el destino del tratado. Países como España contemplan esta figura en sus constituciones.

El modelo referéndum de *reforma constitucional*, puede ser aplicado cuando el contenido del tratado es incompatible con la Constitución. De modo que es posible en este sistema que el Presidente convoque a consulta popular el contenido de una reforma constitucional motivada, por la necesidad de suscribir un tratado que colisiona con una norma de esa Constitución.

El referéndum de índole *alternativa o subsidiaria* es aquel que alberga la norma para sustituir la voluntad parlamentaria de rechazo a la aprobación y ratificación del ejecutivo de un tratado. Este modelo se aproxima al sistema Danés.

Por último, VILLARROEL define el referéndum de carácter *preceptivo*, obedece a la razón por la que se requiere este medio. Es decir, se contempla en las Constituciones como requisito *sine qua non* de la manifestación del consentimiento estatal, el contar con la participación ciudadana en ciertos tratados, referentes a ciertas materias, definidas

⁶ D. VILLARROEL, *Derecho de los Tratados en las Constituciones de América*, Porrúa, México, 2004, p.152.

por la Constitución. Ejemplo de este es Panamá, pues los tratados referentes al canal, deben contar con el referéndum después de la aprobación parlamentaria⁷.

Después de este paréntesis, podremos ubicar a nuestra disposición dentro de alguno de los tipos de referéndum. A primera vista, ninguno de éstos cabría en nuestra disposición, pues la Constitución no establece el efecto del referéndum. Sin embargo, si observamos la segunda parte de este artículo en el que define el mecanismo para denuncia de tratados, podríamos inferir que el efecto del referéndum es suplir la participación de los poderes del Estado, pues expresa que la aprobación hecha por la ciudadanía debe deshacerse de la misma forma. Por tanto, aparentemente el modelo de referéndum que nuestra Constitución plantea es de índole *alternativa*. En cuyo caso y acotando a lo visto en el capítulo anterior, sería el pueblo quien tiene facultad de manifestar el consentimiento estatal.

Otro de los problemas que ilustramos sobre el desarrollo del referéndum es la ambigüedad de la redacción de este artículo. Al decir de su operatividad, puede haber las siguientes interpretaciones:

[E]l constituyente ecuatoriano quiso decir que la ratificación de tratados puede realizarse mediante referéndum, solicitado por iniciativa de los ciudadanos o bien del Ejecutivo⁸.

[E]l Ejecutivo, los ciudadanos, o mediante referéndum -a la luz del art. 104 de la Constitución-, pueden solicitar la ratificación de un tratado⁹.

En este punto debemos confesar que se torna muy complicado saber cuál fue la intención del legislador, más aún porque no hay otra disposición que nos pueda llevar a entenderla. Podemos decir que si la segunda interpretación es la adecuada, ¿a quién solicita el ejecutivo la ratificación? O de ser el caso, ¿de qué manera la ciudadanía pide la ratificación de un tratado? Entonces, parecería más lógico pensar que la primera

⁷ *Ibíd*em, pp. 152- 158

⁸ C. MONTAÑO, "Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008", en *La nueva Constitución del Ecuador*, Corporación editora nacional, Quito, 2009, p. 373

⁹ Ver C. MONTAÑO, "Las relaciones internacionales... p. 374 y X. FLORES, "Relaciones Internacionales... pp. 245-246

interpretación se ajusta a un posible procedimiento, pues es el pueblo o el Presidente quienes solicitarían este medio de manifestación de consentimiento. A pesar de esta reflexión, debemos dejar en claro nuestra postura, pues hemos comprobado que existen muchas falencias de forma y fondo sobre esta institución que deben ser soslayadas, antes de incurrir en posibles nulidades.

Es importante soslayar el efecto político que ha despertado el referéndum. De hecho, VILLARROEL destaca las críticas que ha recibido esta figura porque las connotaciones alrededor de la misma son esencialmente políticas. De hecho, se comenta que el referéndum ha sido utilizado como medio de manipulación, pues el pueblo no cuenta, generalmente, con herramientas cognoscitivas técnicas que le permitan hacer un examen objetivo sobre algunos tratados que demandan estas herramientas. Se critica que muchas veces ha sido utilizado para librar de responsabilidad al Gobierno, quien somete tal decisión al pueblo, cuando sabe que recibiría críticas si fuese el poder manifestando el consentimiento. De lo que inferimos que este mecanismo resulta de doble filo, pues por lado el pueblo pocas veces puede conocer los alcances de un Tratado Internacional en su integralidad y el Gobierno lo puede utilizar como *chivo expiatorio* para eximirse de responsabilidad sobre su resultado.

3.5 Participación de la Corte Constitucional

El fundamento sobre participación de los distintos actores en la construcción de la voluntad estatal es, como lo hemos explicado, contar con medios que impidan arbitrariedades por parte de los representantes estatales y construir armonía de las disposiciones generales internacionales, con las regulaciones de cada país. El sentido de la participación de este órgano encuentra su cometido en ser vigilante de que las normas que se prevean para el Tratado Internacional, no choquen con las disposiciones de nuestra Constitución. En efecto, este Control de Constitucionalidad sobre los instrumentos internacionales, ha sido definido por GARCÍA como una manera de dejar

a salvo el principio de supremacía constitucional, a la vez que evita que el Tratado Internacional, una vez celebrado, sea impugnado por falta de constitucionalidad¹⁰.

Nuestra Constitución ha recogido la figura del Control Preventivo de Constitucionalidad, no represivo, porque no es posterior a la conclusión del Tratado¹¹ en el ya mencionado artículo 438. 1 que invita a la Corte a emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad, sobre "Tratados Internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional". Además el artículo 436 de la Constitución maneja las potestades, en general de la Corte, cuya principal atribución es la de ser intérprete de la Carta Magna:

Artículo 436.1.- Ser la *máxima instancia de interpretación de la Constitución*, de los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

Sobre las disposiciones en cuanto a la participación de la Corte Constitucional, parecería claro que este órgano tiene cabida en los casos en que el Legislativo también la tiene. De manera que, se debe esclarecer el alcance de la Potestad del Legislativo, para determinar la participación de la Corte Constitucional. Pues, la Corte podría actuar sólo en los casos del artículo 419 o siempre, si es que se infiere la participación amplia del Legislativo, como órgano ratificador, analizado en el punto 3.3.

Ahora, de la lectura sobre éstas disposiciones, podemos decir que la Corte al ser el órgano que realiza la interpretación Constitucional, debe ser quien solucione las dudas que han surgido a lo largo de este capítulo, para entender la dinámica de la manifestación del consentimiento ecuatoriano, para vincularse por un Tratado Internacional. En efecto, queremos establecer un análisis sobre la labor de la Corte en razón de una interpretación solicitada por la Asamblea Nacional, previa a la concreción

¹⁰ A. GARCÍA, "Informe en Derecho. Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales con especial referencia al Control Represivo", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, 2007, p. 469.

¹¹ Cfr. V. BAZÁN, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales*, México, Porrúa, 2003, pp. 66-69.

del “Convenio entre la República del Ecuador y la República de Argentina para el cumplimiento de condenas penales”¹². Al realizar este análisis, podemos proponer una radiografía práctica de todo lo que se ha venido discutiendo a lo largo de este capítulo. Observemos si la acción de la Corte ha permitido establecer un panorama claro sobre nuestro sistema; o si por el contrario, su práctica requiere ser complementada, pues no resulta suficiente, en razón de las necesidades que la Constitución plantea.

3.5.1 Análisis de la interpretación Constitucional sobre el “Convenio entre la República del Ecuador y la República de Argentina para el cumplimiento de condenas penales”

Como ya lo hemos visto, la Corte Constitucional es el órgano que debe pronunciarse sobre la empatía de las normas internacionales, con la norma suprema, que es la Constitución, para incorporar un Tratado Internacional al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Una muestra de esta labor es la que se realizó con el dictamen 004-009-DTI CC en mayo de este año; el mismo que fue solicitado por la Asamblea Nacional y que analiza, como problema jurídico a resolver, el proceso por el que debe pasar un Tratado Internacional antes de ser parte del ordenamiento interno. Tomando como base lo que hemos relatado a lo largo de este capítulo, este análisis se realizará en razón a la participación de los cuatro actores que hemos identificado como protagonistas de la conclusión de un Tratado Internacional. Como consecuencia, este análisis se centra en observar cómo la Corte ha interpretado la participación del Ejecutivo, Legislativo, la del Referéndum y de su propia competencia en su dictamen. Por estos motivos, no analizaremos el pronunciamiento sobre el fondo de la compatibilidad del Convenio en sí mismo con la Constitución, sino que verificaremos el proceso de celebración de este instrumento, a la luz del criterio de la Corte.

¹² Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 004-009-DTI CC, Caso 002-09-TI, 5 de mayo de 2009

3.5.1.1 Participación del Ejecutivo y el Legislativo

A lo largo el dictamen que analizamos, la Corte Constitucional identifica como actor fundamental de la ratificación de un Tratado Internacional, al poder Ejecutivo. En cambio, es el Legislativo quien aprueba los tratados, previo a la manifestación del ejecutivo. La Corte se pronuncia sobre este punto, de la siguiente manera:

[E]s preciso puntualizar que el término ratificación no es sinónimo de aprobación. En efecto la diferencia es recogida por la doctrina constitucional misma que establece cual es el itinerario normal que debe seguir un Tratado para pasar a formar parte del ordenamiento jurídico interno¹³. Así al tenor de la Carta Fundamental, corresponde al Presidente o Presidenta de la República la ratificación de Tratados Internacionales y de otros instrumentos (artículo 418)... La Asamblea Nacional, por su parte, aprueba el Texto del tratado –no lo ratifica- siempre que se cumplan los supuestos normativos contemplados en el artículo 419¹⁴

Sobre esta interpretación cabe hacernos los siguientes cuestionamientos:

a) Debemos reparar en el hecho de que la Corte expresamente dice en su motivación que ratificación no es sinónimo de aprobación. El sustento de esta afirmación lo encuentra en la doctrina; misma que, si bien hace alusión a un proceso de conclusión de tratado, nunca hace alusión al porqué no son sinónimos éstos términos de cara a las disposiciones de la CVDT. A esto debemos acotar el hecho de que la Corte no se detiene a analizar por su propia cuenta su afirmación; considerando que la CVDT es norma de obligatorio cumplimiento para el Ecuador, de la cual se infiere, por las disposiciones del artículo 2.b y 11, que ratificación y aprobación son términos sinónimos.

¹³ Según el argentino GERMÁN BIDART CAMPOS, un tratado transita por cuatro etapas a) negociación, a cargo del Ejecutivo; firma, a cargo del Ejecutivo; aprobación por parte del Legislativo y ratificación a cargo del Ejecutivo. Véase en G. BIDART, *Compendio de Derecho Constitucional*, IDIAR, Buenos Aires, 2008, p. 223

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 004-009-DTI CC, Caso 002-09-TI, 5 de mayo de 2009, p. 9

b) Si bien la Corte establece que el Presidente es quien lleva al cabo la ratificación y que, en ciertos casos, es el Parlamento quien aprueba previamente el tratado; la fundamentación que la Corte halla para hacer esta afirmación es solamente en una fuente doctrinaria. Fuente que a más de ser escueta, por su contenido sin sustento fáctico, es referida como doctrina constitucional, no como doctrina internacionalista. Ya lo hemos comprobado en el capítulo II que las fuentes doctrinarias no tienen unanimidad de criterios en cuanto al alcance de ratificación y aprobación; por lo que, la Corte yerra al hacer un análisis tan somero sobre un punto álgido, que amerita un sustento doctrinario más concreto y detallado.

c) La Corte afirma que, por disposición de los artículos 418 y 419 de la Constitución se colige que la capacidad ratificatoria le corresponde al Ejecutivo y que, por disposición del 419 le corresponde la capacidad aprobatoria al Legislativo. Este examen carece de un sustento de contexto, que permita visualizar todas las disposiciones constitucionales sobre el tema, como lo hemos hecho en los acápites anteriores. Por tanto, al no escudriñar en un panorama total de las disposiciones constitucionales sobre aprobación y ratificación, no se puede fundamentar un análisis global sino parcial, que no explica las confusiones encontradas en este trabajo, pues en algunos casos las ignora. Más aun, al no definir lo que comporta tanto la ratificación, como la aprobación, la Corte deja carta abierta para que distintas opiniones, que incluyan las otras disposiciones ignoradas, puedan sustentar otras tesis sobre su cometido.

3.5.1.2 Participación democrática directa

La Corte hace una breve alusión sobre la participación directa del pueblo y defiende una de las posibles interpretaciones que manifestamos en el acápite 3.4, sobre cómo se lleva adelante el proceso para que se cumplan los supuestos de aplicación para el referéndum. En el dictamen se afirma que la única forma de ratificación que se

puede llevar adelante, a parte de la que presupone por parte del Ejecutivo, es la realizada por medio de referéndum, en efecto:

[C]orresponde al Presidente o Presidenta de la República la ratificación de tratados y otros instrumentos internacionales (Artículo 418) de modo directo, o en su defecto, mediante referéndum solicitado por iniciativa ciudadana o por el Presidente o Presidenta de la República, indirecto.¹⁵

Sobre la lectura de esta interpretación podemos observar lo siguiente:

a) La Corte acoge la interpretación por la cual el referéndum es un medio sustitutivo de la manifestación del consentimiento, a través de la intervención de otros poderes. Por tanto, ofrece un efecto que permite al pueblo desarrollar una manifestación alternativa, a la que, según la Corte es la manera tradicional (al referirse a ratificación)

b) En este dictamen se emite una interpretación sobre el Art. 420 de la Constitución, por la cual el proceso referéndum es incentivado por la ciudadanía o el Presidente; más descarta de hecho, la interpretación por la cual este artículo podría plantear tres formas distintas de ratificación, como lo examinamos en el punto 3.4. Lo cual nos parece un acierto de interpretación a la medida que es lógico deducir un proceso, si es que la interpretación contraria deviene en supuestos sin cabida práctica, como lo comprobamos en nuestro análisis anterior.

A pesar de que la Corte tiene una interpretación que viabiliza una lógica y permite identificar un supuesto real sobre la aplicación del referéndum y su efecto. Aun nos queda la duda para saber a qué se refiere la Corte cuando califica a la ratificación del presidente como un modo directo y a la participación del Pueblo como un medio indirecto. Esto lo resaltamos porque al contrario de ser un medio indirecto de

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 004-009-DT1 CC, Caso 002-09-TI, 5 de mayo de 2009, p. 9

manifestación del consentimiento, el pueblo lo hace directamente como soberano de su destino, en cuanto al tratado propuesto.

3.5.1.3 Participación de la Corte Constitucional

En el dictamen 004-009-DTI CC, la Corte Constitucional hace un análisis sobre su participación, en general, como parte de los actores locales para la conclusión de la voluntad estatal; así como también, hace un análisis de su competencia para actuar en el caso en específico. El presente estudio, se direcciona a entender el análisis sobre su competencia, en general para ser parte de la construcción del consentimiento estatal.

La reflexión sobre el papel que el órgano constitucional debe cumplir en la determinación de si un tratado es o no compatible con la Carta Fundamental, parte de una pregunta, que la Corte se hace así misma y es *¿Qué tipo de control constitucional rige en materia de Tratados Internacionales?* La Corte manifiesta que el control que supone un tratado, es el de orden previo a su conclusión, ratificando nuestra tesis planteada en líneas anteriores. De hecho, brinda una postura bastante lógica sobre el tema, pues recoge la previsión de la CVDT sobre el principio de *Pacta Sunt Servanda* y *Buena Fe*, por los cuales los Estados deben consumir los tratados a los que se comprometen y no pueden invocar derecho interno para justificar el incumplimiento de dichos acuerdos. Por tal motivo, la Corte concluye:

[A]l amparo de lo señalado, se justifica la exclusión de un control constitucional a posteriori, respecto de los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador. Y es que una vez que un instrumento internacional sea canjeado o depositado, genera obligaciones respecto a los firmantes, que no pueden evadirse a través de la utilización de instrumentos jurídicos nacionales, aun tratándose de la propia Constitución.¹⁶

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 004-009-DTI CC, Caso 002-09-TI, 5 de mayo de 2009, p. 8

La Corte Constitucional se confiere a sí misma la función de ser el poder de control que emite opiniones vinculantes sobre la constitucionalidad de Tratados Internacionales. Esta competencia la manifiesta al amparo del artículo 438. 1, el cual otorga expresamente esta facultad de control, previo a la aprobación del Legislativo. Insistimos una vez más que la Corte no hace interpretación alguna del artículo 438.1, y otorga directamente la posibilidad aprobatoria a la Asamblea, obviando sin ningún análisis, la potestad ratificatoria mencionada en este artículo.

Como consecuencia de adoptar una postura radical sobre la participación del Legislativo, es importante recordar que la Corte acertadamente puntualiza que su acción sólo cabe, al amparo del mismo Art. 438.1, cuando cabe la aprobación en los tratados mencionados en el Art. 419. De manera que no todos los tratados son susceptibles de dictamen vinculante por parte del órgano de control, sólo los que requieren la participación del Legislativo, previa su ratificación.

Cerraremos este análisis manifestando nuestra complacencia por la iniciativa de la Corte, de realizar un examen sobre el proceso interno de construcción del consentimiento estatal. Sin embargo reconocemos que adolece de algunas imprecisiones, pero anticipa futuras interpretaciones que recurran a nuevos elementos, para esclarecer lo que se ha visto a lo largo de este trabajo.

3.5.2 Disposiciones procedimentales planteadas por la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional

Para este punto de nuestro trabajo, es necesario detenernos para hacer un breve análisis sobre la novísima Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, vigente desde su publicación en el R.O. No 52 el 22 de octubre de 2009; la cual detalla las funciones que realiza la Corte Constitucional, de acuerdo a los preceptos de la Carta Fundamental sobre sus competencias. En la materia que nos

ocupa, dicha ley destina el capítulo V para analizar el proceso por el cual se efectúa el Control Constitucional de los Tratados Internacionales, previo a su entrada en vigencia.

De esta manera, la ley en mención en su artículo 108 define que este control abarca no sólo la conformidad de las normas constitucionales de fondo, con el instrumento internacional; sino también “(...) *el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo (...)*” De la lectura sobre esta disposición, podemos ratificar nuestra tesis al decir que es la Corte el órgano llamado a superar los conflictos interpretativos que pueden surgir sobre las normas procedimentales de conclusión del Tratado Internacional. Con esta disposición, observamos una muy concreta y definitiva solución para entender que es éste el órgano llamado a dilucidar todas las dudas surgidas a lo largo de este capítulo sobre las normas constitucionales que refieren el proceso de conclusión del Tratado Internacional en el orden interno. Sin embargo, no podemos olvidar que, del análisis realizado, no sólo la potestad de la Corte es necesaria para que su labor sea efectiva. Pues, como se ha comprobado es necesario que este examen sobre el cumplimiento de las reglas procedimentales del tratado, sea minucioso y que abarque un contexto de cada uno de los procedimientos de los que habla el artículo 108 de esta ley.

El Artículo 107 de la de la mentada Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional define que la interpretación constitucional de los Tratados Internacionales cabe a través de los siguientes mecanismos de: 1. *Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa; 2. Control constitucional previo a la aprobación legislativa; y, 3. Control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa*¹⁷.

¹⁷ Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, Artículo 107.- Modalidades de control constitucional de los Tratados Internacionales.- Para efectos del control constitucional de los Tratados Internacionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos:

1. Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa;
2. Control constitucional previo a la aprobación legislativa; y,
3. Control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa.

El primero de los mecanismos de interpretación, es regulado en el artículo 109 de la Ley, el cual manifiesta “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”. Sobre la lectura de esta disposición podemos hacer una observación fundamental, pues este tipo control a nuestro juicio resulta inconstitucional.

Todos los Tratados Internacionales, a la luz de este artículo deben pasar por el filtro de la Corte Constitucional, pues no hace excepción alguna de los tratados a los que se somete este control. Esta disposición nos parece contradictoria a la norma constitucional en su artículo 438.1, pues no parece haber problema interpretativo en entender que el control cabe sólo en los tratados que son materia de participación legislativa, como lo sustentamos en el punto 3.5. Más aun cuando la propia Corte, órgano máximo de interpretación, ha dicho en el dictamen analizado, que este control cabe sólo en los tratados especificados en el artículo 419. Además resultaría ambiguo, que la Corte deba emitir un dictamen sobre la correspondencia de participación del Legislativo, para luego iniciar a un nuevo análisis, con el segundo mecanismo detallado en este artículo.

El segundo de los mecanismos de control no comporta mayor ambigüedad, en cuanto la Ley establece, en el artículo 111.2 un proceso por el cual el Presidente envía a la Corte en un plazo razonable copia del tratado, sino lo hace la Corte lo conoce de oficio. Después de la designación del Juez, corre un término de 10 días para que los ciudadanos se manifiesten sobre la constitucionalidad del instrumento. Posteriormente, el juez tiene 30 días para emitir el dictamen, de no hacerlo se entiende dictamen favorable del tratado y pasa al Legislativo.

El tercero de los mecanismos de control se define en los artículos 110.4 y 111.1, y abarca un tercer ámbito de acción por el cual la Corte puede intervenir en un tercer momento de conclusión de la voluntad estatal, cuando existe una denuncia de inconstitucionalidad contra “las resoluciones mediante las cuales se imparte la aprobación legislativa para la ratificación de dichos Tratados Internacionales, *las cuales,*

podrán ser demandadas ante la Corte Constitucional dentro del plazo de dos meses siguientes a su expedición, únicamente por vicios formales y procedimentales”¹⁸. Este acto se sujeta a las reglas generales sobre inconstitucionalidad.

Sobre éstos mecanismos de Control Constitucional podemos decir que si bien identifican un espectro más amplio de acción de este órgano, incurren en violaciones constitucionales expresas. En efecto, creemos que el legislador yerra al hacer un desglose de facultades, que expresamente se encuentran limitadas por el artículo 438. 1, que otorga la competencia a la Corte, sobre los Tratados Internacionales a concluir, únicamente previa a la participación del Legislativo. En efecto, las consecuencias de estas disposiciones normativas pueden incurrir en la nulidad que hemos analizado a lo largo de este trabajo, que está prevista en el CVDT. Pues puede haber un conflicto de competencias internas, no esclarecido por el ordenamiento jurídico interno, que eventualmente podrá ser invocado como argumento para una posible nulidad, al amparo del art. 46 CVDT.

Como ya lo hemos visualizado, varias disposiciones constitucionales adolecen de imprecisiones de redacción y contenido en cuanto a la construcción del consentimiento ecuatoriano, para vincularse por un Tratado Internacional. La Corte Constitucional por su parte, aun no logra establecer un sistema efectivo de control interpretativo eficaz, pues deja de lado algunas disposiciones y puntos de trascendencia que se deben analizar, tanto en sus dictámenes, como en la ley que abarca sus competencias sobre el tema. Para sobrellevar este tema, proponemos la creación de una Ley que regule no sólo la concreción de la manifestación del consentimiento estatal, sino todo el proceso de conclusión del tratado, pues como comprobamos hay varios vacíos por llenar, que los hemos identificado expresamente en este capítulo.

3.6 Ley sobre Tratados Internacionales: medio idóneo para superar los vacíos en cuanto a la asignación de competencias constitucionales para la

¹⁸ Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, Artículo 110.4

manifestación del consentimiento ecuatoriano en orden a vincularse por un convenio internacional

Al observar las falencias que aquejan tanto a la normativa, como a la interpretación endeble que puede hacerse sobre estas disposiciones, en materia de construcción del consentimiento estatal ecuatoriano, para vincularse por un Tratado Internacional, observamos la necesidad de plantear un medio paralelo, distinto a la interpretación constitucional que supere estas deficiencias de orden práctico y teórico. No podemos cerrar este análisis sin plantear una salida a este embrollo, que si bien debería cubrirse por la interpretación de la Corte Constitucional, se ha comprobado que este medio puede ser insuficiente e impreciso.

Ya hemos visto, que por la autonomía de la voluntad perteneciente a los contratantes y la manifestación del consentimiento libre de formalidades, se puede establecer en el tratado mismo los momentos y los actores de la manifestación del consentimiento estatal; sin embargo, de no hacerlo, el proceso entero queda a merced de posibles nulidades de no haber claridad en las disposiciones internas.

Por tal motivo, sería recomendable que el legislador ecuatoriano, en su potestad creadora de leyes¹⁹ haciendo un análisis minucioso del tema, plantee una Ley que incluya todo el contexto normativo sobre la Constitución, de cara a las disposiciones de Viena y sus alcances doctrinarios.

La ley de Tratados Internacionales debe responder a las preguntas que nos hemos hecho en este trabajo, para que pueda sistematizar una postura. La necesidad de esta ley, se avizora a partir de los siguientes términos, en palabras de POLO:

a) La formación del consentimiento no sería la única materia tratada en esta ley, de hecho, serían todas las directrices internas especializadas en relaciones internacionales

¹⁹ La Constitución Política Ecuatoriana, en su artículo 120.6 dice que son atribuciones de la Asamblea Nacional "Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio".

que se articularían para implementar correctamente su inserción dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

b) Al establecer una ley de Tratados Internacionales, se fomentarían certezas en cuanto a la aplicación práctica de las reglas constitucionales, De manera que, la seguridad jurídica apadrine un proceso certero para el Estado ecuatoriano como contratante y para el o los otros Estados que se vinculen por el tratado en mención.

c) Para identificar los sujetos que intervienen en el trámite de formación interna del consentimiento estatal, los pasos a seguir para los casos que involucren la realización del referéndum, y la entrada en vigencia dentro del ordenamiento jurídico estatal.

d) Con la formulación de una Ley sobre instrumentos internacionales se puede tener elementos objetivos que permitan dar cuenta, en un caso concreto, de vulneraciones formales a la Constitución Política del Ecuador en materia de manifestación del consentimiento estatal al vincularse por ellos.

e) La creación de una Ley se justifica porque si bien hay disposiciones de cómo actúa Corte Constitucional (habidas en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional), no es suficiente las disposiciones constitucionales que existen sobre el tema, en cuanto a los otros actores del consentimiento. Es decir, con la Ley Ejecutivo, Legislativo, Corte Constitucional e inclusive el control democrático directo encontrarían asidero práctico en sus disposiciones.

f) Esta ley es de imperante expedición porque es necesario contar con los supuestos por los cuales un órgano estatal podría negarse a participar en la formación del consentimiento estatal para ser parte de un Tratado Internacional, y los efectos que tal negativa acarrearía. Por ejemplo el interés superior del Estado podría traducirse en una justificación idónea para que el órgano correspondiente deje de ratificar un tratado²⁰.

²⁰ F. POLO en *El Proceso...* pp. 64-65

CONCLUSIONES

Por medio de este trabajo, hemos comprobado que la facultad de relacionarse internacionalmente es una prerrogativa de todos los Estados, como una manifestación de su soberanía externa. La instauración de los mecanismos por los cuales un Estado adquiere obligaciones internacionales a través de un tratado, es el resultado en teoría, de la adecuación de su actuar a las disposiciones contenidas en la norma internacional reguladora, que es la CVDT, conjuntamente con la construcción de procedimientos internos que se establecen en las Constituciones de los Estados, los cuales deben contar con la corresponsabilidad de los poderes que los componen para asegurar su control. Sin embargo de esta teoría, en la práctica las disposiciones normativas internas e internacionales no convergen entre sí y son insuficientes. De hecho, el análisis realizado no da cuenta de un orden tanto internacional como interno que permita ver con exactitud quien y de qué manera debe participar en la construcción del consentimiento estatal, para vincularse a estos instrumentos normativos. Razón por la cual se invita a fomentar problemas que impiden otorgar de seguridad jurídica a los representantes de los Estados que participen en el proceso de concreción de los Tratados Internacionales

A lo largo del segundo capítulo hemos visto que la CVDT, como norma reguladora internacional, construye un camino para la conclusión de Tratados Internacionales que es ambiguo, lo cual nos permite afirmar la inseguridad jurídica que se genera para los países vinculados por un tratado internacional. De esta manera, comprobamos que existen conceptos no desarrollados de la CVDT, los cuales se ilustran por medio de las interpretaciones doctrinarias de varios internacionalistas; quienes a pesar de coincidir en algunos planteamientos, no establecen unanimidad de criterios sobre las vías de manifestación del consentimiento que la CVDT regula. Sin

embargo, notamos que a pesar de que la ratificación es el medio comúnmente usado para brindar la manifestación del consentimiento, no el único instrumento que la CVDT prevé para hacerlo.

El principal problema en cuanto a interpretación doctrinaria surge por las marcadas divisiones que existen en cuanto a las diversas formas de manifestación del consentimiento. Si bien, existe unanimidad al entender que las formas son manifestaciones desde el Estado contratante hacia el exterior, no es pareja la interpretación que se observa sobre cuáles son las formas de manifestación y qué actores estatales la llevan adelante. Principalmente sobre el canje, la firma, la ratificación y la aprobación no podemos determinar con precisión quiénes son los representantes estatales que las llevan al cabo, cuando operan y en caso de la firma y canje si son en sí mismos medios de manifestación del consentimiento o activadores de la entrada en vigor del tratado. La Jurisprudencia analizada da cuenta de una relativa eficacia sobre los pronunciamientos de la Corte de Justicia Internacional sobre el tema, pues no existe jurisprudencia que desarrolle el tema, sino más bien pequeños fragmentos de sentencias que permiten saber algún pronunciamiento análogo, pero no referido en específico a las formas de manifestación del consentimiento, como análisis de fondo.

Al analizar la imprecisión, generada por las propias normas de la CVDT, comprobamos que la vía para superar esta confusión y hallar coherencia de disposiciones debería encontrarse en los ordenamientos internos de los países. Sin embargo, en el tercer capítulo de este examen comprobamos que el Ecuador ahonda aun más la imposibilidad de establecer coherencia en cuanto a la manifestación del consentimiento estatal para vincularse por un Tratado. En efecto, nuestra Constitución otorga facultades ratificadorias tanto al Ejecutivo, como al Legislativo; además no ofrece mayores precisiones de aplicación en cuanto a la participación del pueblo por medio del referéndum. Más aun, la legislación que direcciona la participación de la Corte Constitucional no brinda coherencia en tanto a las normas constitucionales, sino que más bien se muestra excesivamente amplia en razón al designio constitucional sobre el momento que procede su participación. Por último, la Corte Constitucional,

que es el órgano llamado a interpretar las normas constitucionales, no ha efectuado una interpretación adecuada

Encontramos ambigüedad y falta de coherencia con las normas internacionales en las disposiciones que regulan la manifestación del consentimiento ecuatoriano, porque la Corte Constitucional ha dicho que ratificación no es sinónimo de aprobación, aun cuando la CVDT así lo ha normado expresamente. El sustento de esta afirmación lo encuentra en una sola fuente doctrinaria; misma que, si bien hace alusión a un proceso de conclusión de tratado, nunca hace alusión al porqué no son sinónimos éstos términos. A esto debemos acotar el hecho de que la Corte no se detiene a analizar su afirmación, de cara a la CVDT, norma que es de obligatorio cumplimiento para el Ecuador y que, manifiestamente dice que ratificación y aprobación son sinónimas. De manera que hay dos premisas a resolver: existen dos pasos de un mismo proceso, que son primero aprobación y luego ratificación, o por el contrario, ambos términos son sinónimos para identificar la manifestación del consentimiento, la existencia de ambas premisas constituye un argumento más para demostrar el problema que existe al no haber concordancia entre las normas de la CVDT con las normas del ordenamiento ecuatoriano.

La primera premisa podría ser sustanciada, como lo hemos visto, al tenor de la interpretación de la Corte en el caso analizado y al tenor de nuestra propia interpretación. Al tenor de lo dicho por la Corte, se entendería que hay un proceso de construcción del consentimiento, en el cual interviene el Ejecutivo y el Legislativo. En este proceso siempre el Ejecutivo ratifica los tratados y en algunos casos el legislativo los aprueba, con anuencia de la Corte Constitucional. De manera que, la Constitución recogería los conceptos de formas simplificadas y solemnes para la conclusión del tratado internacional. Sobre el segundo supuesto interpretativo, podemos tomar las siguientes reflexiones para sustentarlo: Sobre la participación del Ejecutivo establecimos la duda de si por efecto del artículo 418, en ciertos casos le corresponde al Presidente suscribir o ratificar un tratado, tomando o como una opción; porque es posible que su participación sólo abarque la fase de suscripción, es decir la *primera fase*. Más aun, se puede decir que es el Legislativo quien puede, independiente del

Presidente, manifestar el consentimiento porque el mismo artículo 438.1 le otorga potestad ratificatoria. Además porque en honor del 419, de cara con las disposiciones de la CVDT y un lado de la corriente doctrinaria, si nunca se explica que ratificación y aprobación no son sinónimos en el trámite interno, se entendería que el Legislativo también puede manifestar el consentimiento.

A pesar de las consecuencias prácticas y las contradicciones teóricas que invitan a la confusión de los diferentes órganos participantes de la construcción del consentimiento estatal, para vincularse por un instrumento internacional, certificamos que nuestro ordenamiento jurídico es insuficiente; esto se produce al momento de erigir sus disposiciones sobre de qué forma y quien lleva al cabo la manifestación del consentimiento estatal para vincularse por un tratado internacional. Por tal motivo, es necesario que los países establezcan en sus ordenamientos internos y con la más prolija precisión en el cuerpo del tratado mismo, las disposiciones que orienten a sus representantes hacia una práctica clara, que armonice las disposiciones de la CVDT. El no contar con esta armonización de disposiciones entre las leyes internas y la manifestación del consentimiento del tratado, puede acarrear su nulidad, de acuerdo a lo previsto en lugar de superar los problemas, los ahonda con sus disposiciones ambiguas.

Impulsar una Ley específica sobre tratados internacionales permitiría estandarizar la clasificación y los procedimientos de los tratados y demás instrumentos internacionales. Con ello se desarrollaría el cauce formal por el cual se constituiría un mecanismo para desarrollar el consentimiento estatal en miras de corresponder a un Tratado Internacional, que cuente con la participación específica y clara de los órganos competentes. Más aun la constitución de una ley, teniendo en cuenta los elementos que hemos presentado, permitiría encuadrar coherencia entre las disposiciones internas, pero principalmente converger entre nuestro ordenamiento interno con el externo, que regula el ámbito de los Tratados Internacionales encontrado principalmente en las disposiciones de la CVDT, con ello permitiremos brindar Seguridad Jurídica a los representantes estatales que se encuentren llevando a cabo las tareas en la conclusión de un Tratado Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCÁNTARA, MANUEL Y SÁNCHEZ, FRANCISCO. "Las relaciones ejecutivo-legislativo en América Latina", en Revista de Estudios Políticos Nueva Época. Chile: Abril-Junio de 2001
2. ÁLVAREZ L., LUIS F. *Derecho Internacional Público*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 1998
3. ANDRADE U., SANTIAGO Ed. *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Corporación editora nacional UASB. Quito: 2009
4. AYALA, CARLOS. *El Derecho de los Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/113/3.pdf>
5. BIDART, GERMÁN. *Compendio de Derecho Constitucional*. IDIAR. Buenos Aires: 2008
6. BAZÁN, Víctor. *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales*. Porrúa. México: 2003.
7. CAMARGO, PEDRO P. *Tratado de Derecho Internacional*. Leyer . Bogotá: 2003
8. CLIVE, PARRY. "The law of treaties" en *Manual of public international law*. Editorial Max Sorensen. Macmillan: 1968
9. COELLO, HERNÁN. *Derecho Internacional Privado*. Serie de Textos Universitarios: Universidad del Azuay. Cuenca
10. CORRAL, FABIÁN. *Tratados Internacionales*: Diario El Comercio. Quito: 28 de agosto de 2008
11. DE LA GUARDIA, ERNESTO y DEPELCH MANUEL. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires: 1970
12. DE LA GUARDIA, ERNESTO. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Editorial Abaco. Buenos Aires: 1997
13. DÍAZ, RICARDO. *La convención de Viena sobre derecho de tratados y los procedimientos de formación de las diversas categorías de normas*. Revista de

- Política Internacional: Sociedad Chilena de Derecho Internacional. Santiago: 1982
14. DIEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo 1. Editorial Tecnos. Madrid: 1988
 15. ENCICLOPEDIA DE HISTORIA UNIVERSAL. *La Época del Absolutismo*. Tomo IV. Editorial Espasa- Calpe. Madrid: 1972
 16. FITZMAURICE, GERALD. *The Law and Procedure of international Court of Justice*. Cambridge: Grotious. 1986
 17. GARCÍA, HORACIO. *Tratado de tributación*. Volumen I. Editorial Astrea. Buenos Aires: 2003
 18. GARCÍA, ANTONIO. "Informe en Derecho. Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales con especial referencia al Control Represivo". En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Santiago: 2007
 19. GAVIRIA L., ENRIQUE. *Derecho Internacional Público*. Editorial Temis. Bogotá: 1998
 20. GONZÁLEZ C. JULIO, SÁNCHEZ R. LUIS y SAENZ P. ANDRÉS. *Curso de Derecho Internacional Público*. Civitas. Madrid: 2003
 21. BODHAN HALAJCZUK Y MOYA MARÍA T. *Derecho Internacional Público*, Editorial Ediar. Buenos Aires: 1999
 22. HÉLLER, HERMANN. *La soberanía: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: 1965
 23. KONTOU, NANCY. "The termination and revision of treaties in the light of new customary" en *Revista Oxford University Press Inc*. New York: 1992
 24. LLANOS M., HUGO. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 2005
 25. MÉNDEZ, RICARDO. "La Celebración de los tratados, Genealogía y actualidad Constitucional". *Anuario mexicano de derecho internacional*. México DF: 2001
 26. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Desafíos constitucionales: la constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: 2001
 27. MONROY CABRA, MARCO. *El Derecho Internacional como Fuente del Derecho Constitucional*. Editorial ACDI. Bogotá: 2008

28. MORÉ CABALLERO, YOEL. *La participación y control popular en la política exterior de los Estados*. Universidad Nacional Autónoma de México. Toluca: 2005.
<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/676/67681608.pdf>
29. MORÉ CABALLERO, YOEL. *La manifestación del consentimiento para obligarse por Tratados Internacionales*.
<http://74.125.155.132/scholar?q=cache:plbDSRMsiM8J:scholar.google.com/+manifestaci%C3%B3n+consentimiento+Estado+tratados+internacionales&hl=es>
30. MONTAÑO G., CÉSAR E. *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Corporación Editora Nacional UASB. Quito: 2006
31. MOYANO, CARLOS. "La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969". *Revista de Integración Latinoamericana*. Universidad de California: 1986
32. PALLARES B. JORGE. *Derecho Internacional Público*. Ed. Leyer. Bogotá: 1996
33. PISANI, ESTÉFANO. *Derecho de tratados*. Editorial Pueblo y Educación. La Habana: 1986.
34. POLO, FERNANDO. *El Proceso Constitucional de aprobación de Tratados Internacionales: estudio comparado de las Constituciones de Colombia, Ecuador y México*, Universidad Andina Simón Bolívar. Disertación de Tesis doctoral. Quito: 2009
35. REMIRO BROTONS, ANTONIO. *Derecho Internacional*. Editorial Mc Graw-Hill. Madrid: 1997.
36. REQUEJO, JUAN LUIS. "Consideraciones en torno a la posición de normas internacionales en el ordenamiento español". Disponible en: http://74.125.155.132/scholar?q=cache:_bayd_CgZxoJ:scholar.google.com/+nulidad+art%C3%ADculo+46+Convenio+de+Viena&hl=es&as_sdt=2000
37. RODRÍGUEZ GABRIELA. "Derecho Internacional y Globalización". Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_02.pdf
38. ROUSSEAU, CHARLES. *Derecho Internacional Público*. Ed. Ariel. Barcelona: 1966
39. TEJEIRO, GUILLERMO. *Estudios sobre la aplicación espacial de la ley tributaria*. Editorial la Ley. Buenos Aires: 2002
40. TERÁN C. MAURO. *Derecho internacional público contemporáneo*. Universidad Técnica de Loja. Loja: 2003

41. VARELA QUIROZ, LUIS. *Las Fuentes del Derecho Internacional Público*. Editorial Temis. Bogotá: 1996
42. VILLARROEL, DARIO. *Derecho de los Tratados en las Constituciones de América*. Porrúa. México: 2004
43. WALTER, ROBERT. *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2001.

JURISPRUDENCIA

1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión consultiva sobre "Las consecuencias jurídicas de la presencia continuada de África de Sur en Namibia". Recueil. La Haya: 1971
2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión consultiva sobre "Reservas de la Convención sobre Genocidio". I.C.J. Reports: 1951
3. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening) - Judgment of 10 October 2002 - General List No. 94 (-2002). Paragraph 262-265 <http://www.un.org/unowa/unowa/scdocs/20021010.pdf>
4. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso Ambatielos. Judgement of May 19th 1953.
5. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Caso 002-09-TI. Dictámen 004-009-DTI CC. 5 de mayo de 2009

RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO

1. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Adoptada el 26 de junio de 1966
2. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE TRATADOS. Suscripción 23 de mayo de 1969. Publicada R.O. 6 de 28 de abril de 2005
3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR. Aprobada por Asamblea el 24 de julio de 2008. Publicada en el R. O. el 20 de octubre de 2008
4. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. R.O. No 52 el 22 de octubre de 2009