

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

**JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL RÉGIMEN
CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.**

MARTÍN ESPINOSA

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

Quito
Mayo de 2006

© Derechos de autor

Martín Espinosa

2006

RESUMEN

Este trabajo consiste en un análisis de la jerarquía constitucional que la codificación de la Constitución de 1998 les otorga a los tratados internacionales. El mismo está compuesto por tres capítulos que topan los siguientes temas. El primer capítulo es un acercamiento al concepto de tratado internacional desde el punto de vista del derecho internacional. En el mismo se analiza el principio del “pacta sunt servanda” y el principio de “el derecho interno y la observancia de los tratados”. El segundo es un análisis del trámite constitucional para celebrar tratados internacionales. En este capítulo se hace especial énfasis en la diferencia de trámites existentes en la constitución. Por último el tercer capítulo analiza los puntos débiles y los puntos fuertes de las diferentes posiciones doctrinarias existentes sobre el tema. Las principales posiciones doctrinarias existentes son tres. La primera sostiene que existe supremacía de los tratados respecto de la Constitución. La segunda sostiene que los tratados tienen un rango supralegal pero infraconstitucional. La tercera posición sostiene que hay igualdad de rango entre la Constitución y los tratados internacionales. En mi opinión en el Ecuador aquellos tratados celebrados directamente por el Presidente tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, y los tratados que requieren de aprobación legislativa tienen la misma jerarquía que la Constitución.

ABSTRACT

This work consists of an analysis of the constitutional hierarchy that the codification of the Constitution of 1998 grants to the international agreements. It is composed by three chapters that come across the following topics. The first chapter is an approximation to the concept of international agreement from the point of view of the international law. In this chapter the principles “Pacta Sunt Servanda” and “Internal Law and Observance of Treaties” are analyzed. The second chapter consists of an analysis of the existing constitutional procedures to celebrate international agreements. In this chapter special emphasis is done in the difference of two procedures established at the Constitution. Finally the third chapter analyzes the weak points and the strong points of the different doctrinaire existing positions on the constitutional hierarchy of the international agreements. The principal doctrinaire existing positions are three. The first one supports that supremacy of the agreements exists respect of the Constitution. The second one supports that the agreements have a range between the Constitution and law. The third position supports that there is equality of range between (among) the Constitution and the international agreements.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|----------|
| Introducción..... | 1 |
| I.- Los Tratados Internacionales..... | 3 |
| I.1-Principios de los Tratados Internacionales aplicados en la Convención de Viena..... | 3 |
| 1) Pacta Sunt Servanda..... | 3 |
| 2) El derecho interno y la observancia de los tratados..... | 4 |
| I.2.- Definición de Tratado Internacional de acuerdo con la Convención de Viena..... | 4 |
| I.3.- Elementos de un Tratado Internacional según la Convención de Viena..... | 5 |
| 1) Debe ser un instrumento celebrado por escrito..... | 5 |
| 2) Debe ser celebrado entre Estados..... | 6 |

3) Regidos por Derecho Internacional sin importar la denominación que reciban...7

4) Pueden Constar de un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos..8

I.4.- Elementos de un Tratado Internacional.....9

1) Expresión de voluntades concurrentes.....9

2) Sujetos de derecho internacional.....9

3) Producen efectos jurídicos.....10

II.- Trámite Constitucional para celebrar Tratados Internacionales.....11

II.1.- Manifestación del consentimiento.....11

1) Ratificación y aprobación.....11

II.2.- Procedimientos constitucionales para celebrar un tratado.....13

1) Tratados internacionales que no requieren aprobación del Congreso.....13

2) Tratados internacionales que requieren la aprobación del Congreso.....17

| | |
|--|-----------|
| II.3.- Control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales..... | 19 |
| 1) Control Previo y Posterior de los Tratados Internacionales..... | 19 |
| 2) Dictamen del Tribunal Constitucional..... | 22 |
| II.4.- Aprobación Legislativa de Tratados Internacionales..... | 24 |
| II.5.- Breve comparación sobre el procedimiento recogido en la Codificación de la Constitución Política de 1998 y la Constitución Política de 1979..... | 26 |
| III.- Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico nacional..... | 34 |
| III.1.- Sistema establecido en la Constitución de 1979..... | 35 |
| III.2.- Sistema Establecido en la Codificación de la Constitución de 1998..... | 36 |
| 1. Supremacía de los tratados con relación a la Constitución nacional..... | 37 |
| 1.1) La disposición recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena..... | 38 |
| 1.2) El artículo 272 de la codificación de la Constitución de 1998, no hace referencia expresa de los tratados internacionales..... | 39 |

| | |
|--|------------|
| 1.3) El artículo 162 determina que es necesaria una reforma constitucional cuando hay disconformidad entre el tratado internacional y la Constitución..... | 40 |
| 1.4) El artículo 276 no le otorga al Tribunal Constitucional la facultad de conocer una demanda de inconstitucionalidad en contra de un tratado internacional..... | .42 |
| 2) Inferioridad de los tratados internacionales con relación a la Constitución nacional..... | 43 |
| 2.1) La disposición contenida en el artículo 163 de la Constitución..... | 44 |
| 2.2) La existencia de control previo de constitucionalidad..... | 45 |
| 3. Igualdad de rango entre la Constitución y los Tratados Internacionales..... | 46 |
| 3.1) Bloque de constitucionalidad en el Ecuador..... | 49 |
| 3.1.1) Disposiciones contenidas en los artículos 163 y 272 de la Constitución..... | 50 |
| 3.1.2) Disposiciones contenidas en el artículo 162 de la Constitución..... | 51 |
| 3.1.3) Disposición contenida en el artículo 274 de la Constitución..... | 52 |

3.1.4) Normas constitucionales que identifican a los tratados internacionales con la Constitución.....

.53

3.1.4.1) Disposición contenida en el artículo 95 de la Constitución.....

.53

3.1.4.2) Disposiciones contenidas en los artículos 17 y 18 de la codificación de la Constitución de 1998.....**54**

3.2) Acuerdos ejecutivos que no requieren aprobación del Congreso.....**56**

Conclusiones.....

...58

Bibliografía.....

61

INTRODUCCIÓN

El hecho de que las normas contenidas en la Constitución codificada en 1998, no sean lo suficientemente claras respecto de la jerarquía de los tratados internacionales, crea dudas al momento de su aplicación práctica.

De la lectura del Art. 163 de la Constitución codificada en 1998, podemos concluir que los tratados internacionales definitivamente tienen una jerarquía superior respecto de leyes y otras normas de menor jerarquía; pero no queda claro cual es la jerarquía de los tratados internacionales respecto de la Constitución.

Hay quienes sostienen que los tratados tienen una jerarquía superior a la Constitución, otra tesis es que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes (incluso las leyes orgánicas) pero inferior a la Constitución. Esto trae problemas, ya que depende la tesis que se maneje en un momento u otro para definir el trato que se les dará a los tratados internacionales. Este fenómeno puede llevar a que el Ecuador sea sujeto de responsabilidad internacional, y por lo tanto una solución al mismo sería de gran utilidad.

En mi opinión en el Ecuador, un grupo de Tratados Internacionales tiene la misma jerarquía que la Constitución mientras otro grupo tiene jerarquía supralegal pero infraconstitucional.

A partir de estas hipótesis, la presente investigación está encaminada a comprobarlas mediante tres capítulos que se dividen de la siguiente manera:

El primer capítulo desarrolla un acercamiento al concepto de tratado internacional. De esta forma, una vez que quede claro lo que es un tratado internacional, podré realizar un análisis del tratamiento que se da a esta figura del derecho internacional en el derecho interno del Ecuador.

En el segundo capítulo analizaré cual es el procedimiento que la Constitución codificada en 1998 establece para la celebración de un tratado internacional por parte del Estado ecuatoriano. Esto me permitirá concluir que hay dos trámites diferentes para celebrar un tratado dependiendo de la materia que este aborde.

Por último, en el tercer capítulo analizaré las diferentes posiciones doctrinarias respecto de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales. Después de realizar este análisis, expondré mi opinión personal sobre el tema.

CAPITULO 1

LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Considerando que el número de tratados internacionales va en aumento en una forma inesperada y que su importancia en la sociedad globalizada en que vivimos cada vez es mayor, me parece necesario entender en qué consisten los mismos. Por esa razón en este capítulo realizaré un estudio del concepto de tratado internacional. Me parece importante analizar cuál es el concepto que da la Convención de Viena de 1969 respecto del término tratado internacional, para después exponer mi opinión personal sobre el mismo.

Antes de pasar a analizar el concepto de tratado internacional me parece importante recordar dos principios básicos que rigen esta materia.

I.1.- PRINCIPIOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES APLICADOS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA.-

1) Pacta Sunt Servanda

Este principio obliga a los Estados a cumplir de buena fe las obligaciones que surgen de un tratado. El mismo tiene mucha lógica si consideramos que los Estados se obligan a cumplir las obligaciones de un tratado internacional de forma voluntaria. De esta forma en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales un Estado deberá actuar siempre de buena fe.

Textualmente la Convención de Viena de 1969 en su artículo 26 dice *"Pacta sunt servanda"*. *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"*.

2) El derecho interno y la observancia de los tratados

Este principio impide que los Estados justifiquen el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, argumentando la existencia de normas de derecho interno que son contrarias a las primeras. De esta forma, la Convención trata de asegurar que lo pactado en un tratado internacional se cumpla. Esta norma permite que los tratados internacionales tengan aplicación práctica y que no queden en papel.

Textualmente la Convención en su artículo 27 dice: *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

En el mundo de los tratados estos dos principios son de extrema importancia, y es necesario siempre tenerlos en cuenta. El incumplir con estos principios puede ser una de las causas para que un Estado sea sujeto de responsabilidad internacional. Con esto en mente vamos a pasar a analizar el concepto que da la Convención de Viena de 1969 respecto del término tratado internacional.

I.2.- DEFINICIÓN DE TRATADO INTERNACIONAL DE ACUERDO CON LA CONVENCIÓN DE VIENA.

En el Art. 2.1. a) de la Convención de Viena de 1969 encontramos la definición de lo que esta convención entiende por tratado internacional:

“se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o en más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Esta definición limita el concepto de tratado internacional de la siguiente manera:

1. Debe ser un instrumento celebrado por escrito.

2. Debe ser celebrado entre Estados.
3. Debe ser regido por el Derecho Internacional sin importar la denominación que reciba (Tratado, Convención, Protocolo, Pacto....).
4. Puede constar en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos.

Para entender el concepto de tratado internacional vamos a analizar uno por uno los elementos que forman parte del artículo 2 de la Convención de 1969

I.3.- ELEMENTOS DE UN TRATADO INTERNACIONAL SEGÚN LA CONVENCIÓN DE VIENA.-

1) Debe ser un Instrumento celebrado por escrito:

Solo los instrumentos celebrados por escrito serán considerados como tratados internacionales, lo que dejaría fuera a todos los instrumentos que han sido celebrados de manera oral. “De acuerdo con el criterio de la Comisión de Derecho Internacional *el vocablo “tratado” se emplea de ordinario para indicar un acuerdo por escrito, y además por razones de claridad y de sencillez*”¹. Sin embargo el artículo 3 de la Convención de Viena de 1969 reconoce valor jurídico y permite la aplicación de las disposiciones contenidas en la misma a los acuerdos verbales. Esto me permite concluir que el texto del tratado o el consentimiento de un estado pueden darse de forma verbal o escrita y ambos serán validos jurídicamente.

Obviamente los tratados escritos son los más comunes, y esto refleja la búsqueda de certeza y seguridad por parte de los sujetos de derecho internacional.

¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II. 1966, p. 208.

2) Debe ser celebrado entre Estados:

Hay una serie de instrumentos que son celebrados por otros sujetos de Derecho Internacional que estarían fuera del concepto de tratado internacional que consta en esta convención. Estos son aquellos celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o solo entre Organizaciones Internacionales entre sí, que se encuentran regulados por la Convención de Viena de 1986. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 3 de la Convención de Viena de 1969, estos tratados que no son celebrados entre Estados son jurídicamente válidos y además son aplicables a los mismos las disposiciones contenidas en esta Convención. Considero que para los efectos de este trabajo es suficiente analizar el concepto recogido en la Convención de Viena de 1969 ya que la Convención de Viena de 1986, se remite y acepta la aplicación de las normas establecidas en la primera.

De esta forma aquellos instrumentos celebrados entre estados y otros sujetos de derecho internacional como son las organizaciones internacionales o aquellos instrumentos celebrados entre otros sujetos internacionales entre sí, tienen la calidad de tratados internacionales; pero se encuentran regidos por otra convención.

En la Convención de Viena de 1986 se establece que las Organizaciones Internacionales pueden celebrar tratados siempre que lo prevean sus tratados constitutivos o que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones y propósitos.

Está claro que las organizaciones internacionales están dentro de los “otros sujetos de derecho internacional” a los que hace mención el Art. 3 de La Convención de Viena de 1969, y no hay duda de que los instrumentos celebrados entre organizaciones internacionales son parte de los tratados que tienen validez jurídica. Sin embargo cabe

preguntarnos ¿qué sucede con los instrumentos celebrados entre Estados y personas físicas, o entre organizaciones internacionales y personas físicas? ¿Son estos instrumentos tratados internacionales? ¿Tienen validez jurídica?

Las preguntas anteriores tienen su respuesta en la sentencia del caso de la Anglo Iranian Oil Company en el que el tribunal declaró que no tenía competencia basado en los siguientes hechos:

*“en Abril de 1933 se concluyó un acuerdo entre el Gobierno de Irán y la Anglo Iranian Oil Company para la explotación de petróleo por parte de esta compañía en Irán. Más tarde en el año de 1951 Irán adoptó legislación en la que se nacionalizaba toda la industria del petróleo, lo que trajo como resultado una disputa entre el Gobierno y esta Compañía. Con estos antecedentes el Reino Unido presentó una demanda ante la Corte, a la que el Gobierno de Irán respondió que a la corte le faltaba jurisdicción. Basado en estos hechos el tribunal declaró que una concesión petrolífera concluida entre el Estado iraní y una Sociedad Privada no podría tener carácter de un tratado internacional”*². De esta forma la Corte dejó claro que no tienen la categoría de tratado internacional aquellos instrumentos celebrados entre Estados y particulares o entre Organizaciones Internacionales y particulares.

3) Regidos por Derecho Internacional sin importar la denominación que reciban:

La clave esencial para este requisito es que los acuerdos sean “regidos por Derecho Internacional”. Si los instrumentos son regidos por Derecho Internacional, no importa que se denominen, tratados, protocolos, acuerdos internacionales etc.

² Corte Internacional de Justicia. *Sentencia del caso de la Anglo Iranian Oil Company*, <http://www.icjci.org/icjwww/idecisions/isummaries/iukisummary520722.htm>, febrero 10 2006.

En opinión de la comisión de Derecho Internacional, “*de esta manera claramente se excluye a los acuerdos celebrados entre Estados regulados por el Derecho interno de alguna de las partes o algún otro Derecho Interno.*”³

Un perfecto ejemplo para esta situación sería la compra que se debe haber dado por parte de otros Estado al Ecuador de terrenos para construir edificios para sus embajadas. Estos deben haber sido contratos de compraventa que se regían por las normas de derecho interno del Ecuador.

4) Pueden Constar de un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos:

De esta forma no importa si los instrumentos han sido adoptados en un solo instrumento, o si los mismos tienen dos o más instrumentos conexos.

Una vez analizado el concepto de tratado internacional existente en la Convención de Viena de 1969 me parece útil hacer referencia a una definición doctrinara. De esta forma el internacionalista Dr. Gustavo Jalkh define tratado internacional de la siguiente manera:

*“Tratado.- Es todo acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos, regulados por el derecho internacional.”*⁴

Basándonos en el concepto de tratado internacional existente en la Convención de Viena de 1969 y la definición del Dr. Jalkh podemos decir que un tratado internacional es la expresión de voluntades concurrentes, imputable a dos o más sujetos de derecho internacional, que pretende tener efectos jurídicos en conformidad con las normas del

³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional vol. II pp.208-367

⁴ Jalkh, Gustavo. “*Los tratados internacionales*”. En Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia Ecuatoriana. Quito. Fundación Konrad Adenauer. 1999. Pag 120.

derecho internacional. De esta forma un tratado internacional debe contar con los siguientes elementos:

I.4. ELEMENTOS DE UN TRATADO INTERNACIONAL.-

1) Expresión de voluntades concurrentes

Es necesario que exista una expresión de voluntad de las partes en un tratado, la misma que puede darse de manera oral o escrita. No cabe duda que la expresión escrita, es la más común y aquella que otorga mayor seguridad y certeza jurídica. Sin embargo eso no le quita validez a la expresión oral, ya que la Convención de Viena de 1969 les reconoce validez a las dos formas. Para terminar este punto me gustaría citar al Dr. Gustavo Jalkh cuando dice:

“en el campo del derecho internacional, no existe legislador superior a los estados, que les imponga normas positivas, las únicas normas que existen son aquellas que los mismos estados se han impuesto y creado, en definitiva son un producto de su propia soberanía.”⁵

De esta forma los Estados al expresar su voluntad para obligarse a cumplir las disposiciones del tratado; están cumpliendo un papel de legislador en el campo del derecho internacional.

2) Sujetos de derecho internacional:

⁵ 18. Jalkh, Gustavo. “Los tratados internacionales”. En Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia Ecuatoriana. Quito. Fundación Konrad Adenauer. 1999. Pág. 120.

En un comienzo se consideraba sujetos de derecho internacional únicamente a los Estados. Hoy en día dicho concepto ha evolucionado y es aceptado de manera universal que las

organizaciones internacionales también son sujetos de derecho internacional. Es importante mencionar que existen otros sujetos de derecho internacional como son la comunidad internacional, los individuos e incluso se ha llegado a plantear la posibilidad de considerar sujetos de derecho internacional a las grandes empresas multinacionales. A pesar de la gran evolución del concepto de sujeto de derecho internacional, la mayoría de tratados son entre Estados o entre estos y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales entre sí.

3) Producen efectos jurídicos:

Los tratados internacionales están destinados a producir efectos jurídicos, de eso no cabe duda. Por lo tanto si estamos ante un instrumento que no produce efectos jurídicos probablemente estamos ante otro tipo de documento. Los tratados producen obligaciones y el fin último con el que son creados es para que se cumplan dichas obligaciones.

Tenemos que tener en cuenta que a pesar de que la Convención de Viena de 1969 establece ciertas reglas básicas para la celebración de un tratado en el campo del derecho internacional, al ser cada Estado un ente completamente independiente, varían enormemente las circunstancias que existen entre unos y otros en su ordenamiento interno. Esto tiene como consecuencia, que los sujetos capaces de suscribir tratados internacionales tengan diferentes procedimientos internos, lo que afecta el producto final que es el tratado internacional.

De esta forma, el Ecuador, tiene su propio procedimiento interno establecido para celebrar tratados internacionales, el mismo que analizaré en el Capítulo 2.

CAPITULO 2

TRÁMITE CONSTITUCIONAL PARA CELEBRAR TRATADOS INTERNACIONALES

En el derecho ecuatoriano, las más importantes normas que regulan el proceso de celebración de tratados internacionales están en la Constitución Política. A continuación vamos a realizar un análisis de los efectos y el alcance de las normas existentes en el Ecuador respecto a la celebración de tratados internacionales.

II.1 MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.-

1) **Ratificación y Aprobación:**

El numeral 12 del artículo 171 de la codificación de Constitución Política codificada en 1998 establece que *“únicamente el Presidente de la República será el encargado de celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional cuando la Constitución lo exija”*.⁶

De acuerdo con este artículo, el Presidente tendrá la competencia para negociar los tratados internacionales, lo que le convierte en la autoridad máxima en materia de relaciones internacionales. La Constitución determina que la ratificación hecha por el Presidente de la República es la manera de celebrar un tratado internacional con la excepción de aquellos tratados que requieren de aprobación del Congreso y dictamen

⁶ Constitución Política de la República del Ecuador, codificada en 1998. Artículo 171 # 12: Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes: -Definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija.

del Tribunal Constitucional, a los que haré referencia más adelante. Al contrario de lo establecido por la codificación de la Constitución de 1998, en un gran número de países la ratificación es la figura por la cual el poder legislativo autoriza al poder ejecutivo para que este último pueda obligar al Estado por medio de un tratado internacional.⁷

Así mismo es importante ver cómo la Convención de Viena de 1969, a la que el Ecuador se adhirió en julio de 2003, en su artículo 2.1. b) da la calidad de sinónimos a los términos “ratificación” y “aprobación” al establecer que las dos son formas totalmente válidas para manifestar el consentimiento de un estado para obligarse por medio de un tratado internacional.

En la codificación de la Constitución de 1998, la aprobación no es sinónimo de ratificación; ya que por medio de la aprobación el poder legislativo autoriza al ejecutivo para celebrar un tratado. Por otro lado la definición que da nuestra Constitución de ratificación, coincide con la definición de la Convención de Viena, ya que en los dos casos la ratificación es la forma como el Estado manifiesta su consentimiento para convertir en obligatorias las disposiciones de un tratado internacional.

Podríamos decir que en el Ecuador hay varias diferencias significativas entre la ratificación y la aprobación. La primera la realiza el Presidente y produce efectos directamente sobre el derecho internacional; mientras que la segunda la realiza el Congreso y tiene efectos directos en el ordenamiento interno.

La actual codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador prevé el procedimiento para la aprobación de Tratados internacionales, en el capítulo 6. El mismo determina que algunos instrumentos internacionales pueden ser celebrados y

⁷ Ver el libro de Pastor, Ridruejo, José. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Octava edición. Madrid. Editorial Tecnos. 2001. Pág. 99, o ⁷. Chiriboga, Federico. “*La Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución política de 1998*”. En IRUIS DICTIO Vol. 1 N° 1. Quito. Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. 2000. Pág. 7.

ratificados de manera directa por parte del Presidente de la República; mientras que otros instrumentos internacionales, deben ser aprobados por el Congreso Nacional para luego ser ratificados por el ejecutivo. En las siguientes páginas realizare un análisis de estos dos procedimientos, empezando por aquellos tratados que no requieren de aprobación legislativa.

II.2.- PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES PARA CELEBRAR UN TRATADO.

1) Tratados internacionales que no requieren aprobación del Congreso:

En el Ecuador el Presidente podrá celebrar y ratificar los tratados que no requieren aprobación legislativa (aquellos que no traten sobre las materias expresamente determinadas en el Artículo 161 de la codificación de la Constitución de 1998) sin formalidad alguna.

Según Guillermo Fernández Maldonado, este procedimiento:

“se conoce como la forma simplificada para la celebración de tratados, caracterizado por su ágil expedición y la inexistencia del requisito previo de la aprobación de las cámaras. Estos son acuerdos que desde la negociación hasta su perfeccionamiento mediante la ratificación, la participación es exclusiva del Poder Ejecutivo, siempre que las materias sean administrativas, es decir, no modifiquen leyes ni precisen desarrollo legislativo. Este tipo de acuerdos tienen su origen en los acuerdos ejecutivos o executive agreements⁸”.

La denominación utilizada para referirse a estos instrumentos de forma simplificada no tiene importancia alguna desde el punto de vista del derecho internacional conforme lo

⁸ Fernández Maldonado Guillermo, “El control parlamentario sobre los tratados internacionales”. En Lecturas sobre Temas Constitucionales. Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann. 1991. Pág. 146.

establecido en el artículo 2 de la Convención de Viena de 1969. Respecto de este punto Max Sorensen dice que:

“el consenso universal es que el hecho de no designar a un tratado con tal término carece de influencia sobre su naturaleza desde el punto de vista del derecho internacional. Así a los acuerdos que son tratados con frecuencia se les llama convenciones, acuerdos, arreglos y declaraciones. En el pasado por lo menos en contextos especiales han sido utilizados los títulos alternativos de “capitulaciones” y “artículos” y continúan usándose los de “protocolo”, “acuerdo”, y “concordato”. Estas diferencias de mera terminología no tienen importancia en el derecho internacional, pero si pueden tenerla hasta cierto punto en el derecho interno de las partes. Así según la Constitución de Estados Unidos un tratado puede ser ratificado solo por el presidente y con el consentimiento de una mayoría de dos terceras partes del Senado; mientras que el presidente, actuando solo, puede ratificar un acuerdo de otra clase, la de los llamados acuerdos ejecutivos⁹.”

Como vemos, la denominación que se le de a un tratado o la materia que este trate no afectan su calidad de tratado desde el punto de vista del derecho internacional, sin embargo, en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado sí existen importantes diferencias en cuanto a su trámite, e incluso en cuanto a su importancia.

Para entender los orígenes de los acuerdos ejecutivos es importante mencionar la siguiente cita de Guillermo Fernández Maldonado:

“la justicia norteamericana no dudó en entender que las palabras “convenio” y “pacto” no podían interpretarse en el mismo sentido que la palabra tratado utilizada para

⁹ Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Octava Reimpresión. México. Editado por Max Sorensen. 2002. Pág. . 200

designar acuerdos que precisaban la aprobación senatorial. En otras palabras, no todos los convenios contraídos en los Estados Unidos tienen que ser considerados como tratados en el sentido constitucional. Así, a lo largo de la historia norteamericana se ha reconocido que el Presidente ha tenido capacidad para acordar convenios que no tenían que ser sometidos al Senado¹⁰.”

Como vemos, en los Estados Unidos de Norte América se mantiene un sistema donde no todos los tratados tienen el mismo procedimiento de celebración, ya que unos requieren mayor número de formalidades que otros.

El tratadista chileno Hugo Llanos Mansilla respecto de este tipo de convenios que dan cumplimiento o ejecutan lo establecido en un tratado vigente que previamente ha sido aprobado por el congreso, sostiene que:

“en estos casos no se obra al margen de la autorización del Congreso Nacional, ya que se está procediendo dentro del marco de la facultad que el Poder Legislativo ya había otorgado al aprobar el tratado anterior. Dentro de esta categoría de convenios, cabe incluir los numerosos acuerdos complementarios que derivan, principalmente, de tratados básicos de cooperación científica y técnica. Éstos, por regla general, incluyen una disposición que establece que la colaboración prevista en el tratado se concretará mediante acuerdos complementarios. Se hace así operativo el tratado principal, determinándose, por ejemplo, los expertos que se intercambiarán, los proyectos en los que recaerá la asistencia técnica convenida.”¹¹

¹⁰ Fernández Maldonado Guillermo, “El control parlamentario sobre los tratados internacionales”. En Lecturas sobre Temas Constitucionales. Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann. 1991. Pág. 146.

¹¹ Llanos, Mansilla, Hugo. “Los tratados internacionales en la constitución de 1925 y en la jurisprudencia”. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100012&lng=es&nrm=iso>. 27 de Abril de 2006 Pág. 223-244.

De esta forma los acuerdos ejecutivos tienen dos características importantes. La primera es

que los mismos tratan materias de menor importancia, generalmente son temas administrativos que no requieren de desarrollo legislativo. La segunda es que los mismos desarrollan o ejecutan disposiciones existentes en otros tratados que ya han sido previamente aprobados por el Congreso.

Como vemos en el Ecuador, aquellos tratados que pueden ser ratificados por el Presidente sin la aprobación del Congreso se ajustan perfectamente a la figura de los “*executive agreements*”. De esta forma, entre los tratados que no requieren aprobación del Congreso, están aquellos cuya materia no requiere de desarrollo legislativo, o que ejecutan disposiciones que han sido previamente establecidas en un tratado anterior. Vale la pena mencionar que en el Diario El Comercio de septiembre 24 del 2004 se publicó un artículo bajo el título de *El país ha firmado 7 235 tratados internacionales* que establecía que en “*la Dirección General de Tratados de la Cancillería hasta septiembre del 2004 estaban archivados alrededor de 7 235 tratados, convenios y acuerdos internacionales, que el Ecuador ha firmado desde hace 174 años. Solo una pequeña parte de ellos ha pasado por el Congreso ya que en los índices de la Comisión de Asuntos Internacionales tienen registrados 136 convenios analizados por los diputados, desde 1997.*”¹²

El número de tratados internacionales firmados por el Ecuador es bastante alto. Considerando que hay solo 136 tratados analizados por el Congreso desde 1997, me atrevería a decir, que la gran mayoría han sido ratificados por el Presidente bajo la figura de acuerdos ejecutivos.

¹² “*El país ha firmado 7 235 tratados internacionales*”, Diario EL COMERCIO del Ecuador de septiembre 24 del 2004.

Como vemos, este tipo de tratados celebrados en forma simplificada son de importancia. Estos le permiten al Estado prestar su consentimiento de forma mucho más rápida. Sin embargo, es muy importante determinar con claridad si los tratados requieren o no de aprobación legislativa. La única manera de hacer esto es realizando un análisis del contenido del tratado ya que muchas veces para evitar dicha aprobación y el control constitucional previo, se usa términos normalmente utilizados en los llamados acuerdos ejecutivos. Por lo tanto es esencial ver si el tratado es de aquellos que se encuentran expresamente establecidos en el artículo 161 de la codificación de la Constitución de 1998 o no, ya que si el mismo trata una de estas materias deberá someterse a aprobación legislativa. El determinar si un tratado es de aquellos que requieren de aprobación legislativa o no, es responsabilidad del Presidente de la República, ya que es el encargado de las relaciones internacionales y de cumplir y hacer cumplir la Constitución (artículo 171 # 1 de codificación de la Constitución de 1998).

2) Tratados internacionales que requieren la aprobación del Congreso:

Respecto de los tratados internacionales que requieren aprobación del Congreso, la misma codificación de la Constitución de 1998 en su artículo 161 establece de manera taxativa cuáles son:

- Tratados que se refieren a materia territorial o de límites
- Los que establezcan alianzas políticas o militares.
- Los que comprometan al país en acuerdos de integración.
- Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.
- Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos.
- Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Podemos concluir que los tratados internacionales requerirán de aprobación dependiendo de la materia que traten, o de los efectos que produzcan en el ordenamiento interno. De esta forma un grupo de tratados requiere aprobación legislativa mientras otros pueden ser celebrados y ratificados directamente por el Presidente de la República o quien el designe sin necesidad de ninguna formalidad¹³. Esta diferencia en los trámites existe porque los tratados que requieren de aprobación legislativa tratan materias que tienen mayor trascendencia. De esta forma un tratado que establezca una alianza militar va a tener mucho más trascendencia, que uno que establezca la compra de 10 toneladas de trigo a un país X. Otra diferencia es que en muchos casos los tratados que no requieren aprobación, simplemente ejecutan o desarrollan disposiciones que se encuentran en un tratado que ya ha sido previamente aprobado; mientras que los tratados que requieren aprobación trazan directrices y fijan pautas generales dentro de las cuales debe encuadrarse el ejercicio de determinadas actividades que se desarrollarán por medio de acuerdos ejecutivos.

De acuerdo con el artículo 162 de la codificación de la Constitución de 1998 *“la aprobación de los tratados se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso”*. El inciso segundo del mismo artículo, establece que *“antes de dicha aprobación se debe solicitar el dictamen del Tribunal Constitucional”*. Por esta razón antes de hablar sobre la aprobación legislativa es necesario hacer un análisis de las competencias del Tribunal Constitucional respecto de estos instrumentos Internacionales.

¹³ Oyarte, Martínez, Rafael. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II, La función Legislativa. Primera Edición. Quito. Andrade y Asociados Fondo Editorial. 2005. Pág. 158. “Los Ministros de Estado son funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República (Art. 176 CPE) pues al representar al jefe de Estado en la cartera a su cargo y por las atribuciones que ejercen son funcionarios de confianza del Primer Mandatario. Así de modo general el ministro de relaciones exteriores puede celebrar o suscribir un instrumento internacional en representación del Presidente de la República y por añadidura a nombre del Estado, lo que también se puede realizar a través de un plenipotenciario u otro delegado para el efecto por el Presidente de la República.”

II.3.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.-

1) Control Previo y Posterior de los Tratados Internacionales:

El artículo 276 de la codificación de la Constitución de 1998 en su numeral 1¹⁴, no otorga competencia al Tribunal Constitucional para conocer demandas de inconstitucionalidad presentadas contra tratados internacionales. Al no constar los tratados internacionales entre las normas que menciona el artículo anterior, es claro que la Constitución no otorga competencia al Tribunal Constitucional para conocer demandas de inconstitucionalidad respecto de éstos. De esta forma se elimina el control a posteriori que puede existir de un instrumento internacional. Esto es de extrema importancia si consideramos que el Ecuador es parte de la Convención de Viena. En el artículo 27 de la Convención se dispone como hemos visto que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*. De esta forma la no existencia de control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales, reduce el riesgo de ser sujeto de responsabilidad internacional.

El Tribunal Constitucional en su resolución sobre las demandas de inconstitucionalidad planteadas en contra de el *“Acuerdo de cooperación entre el gobierno de la republica*

¹⁴ Constitución Política de la República del Ecuador codificada en 1998. Artículo 276 # 1 : Competerá al Tribunal Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

del Ecuador y el gobierno de los Estados Unidos de América concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la base de la fuerza aérea ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos” (Acuerdo de la base de Manta) consideró que:

1) “La Constitución no le otorga competencia para conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad de tratados o convenios internacionales”y

2) “Que ni el derecho interno ni la Constitución han previsto la posibilidad de la inconstitucionalidad de un instrumento internacional, y que el artículo 162 de la Constitución no prevé la figura de la inconstitucionalidad de un instrumento internacional para que este sea dejado sin efecto además que una eventual declaratoria de inconstitucionalidad no podría dejar sin efecto las obligaciones asumidas por el Ecuador en el marco del derecho internacional”¹⁵

De forma adecuada con esta resolución el Tribunal reconoció que no tiene competencia para realizar un control posterior de los tratados internacionales, en caso que contradigan la Constitución. Debemos recordar que las normas contenidas en la Constitución son normas de Derecho Público, y que por lo tanto solo se puede hacer lo que está permitido. Al no haber un reconocimiento expreso del artículo 276 de la Constitución, para que el Tribunal realice un control posterior de los tratados internacionales, no se le está dando dicha competencia, y por lo tanto el Tribunal bajo ningún concepto debería realizar control posterior de dichos instrumentos.

Por otro lado entre las competencias que tiene el Tribunal sí se encuentra la de realizar un control previo de constitucionalidad. En el Ecuador solo está permitido un control previo de constitucionalidad lo que no sucede en otros estados como es el caso del Perú. En Perú,

¹⁵ Tribunal Constitucional. Resolución No. 032-2000.TC, en los casos 035-2000-TC y 051-2000-TC, R.O. 260, 6 de febrero del 2001

el artículo 202 de la Constitución atribuye al Tribunal la competencia para conocer en única instancia la acción de inconstitucionalidad. La norma específica que establece la posibilidad de impugnar tratados internacionales, se encuentra en el artículo 20 No 4 de la Ley 26. 435 orgánica del Tribunal Constitucional.

Rafael Oyarte opina que:

“de modo general en todo caso los sistemas comparados no han previsto controles ex post facto de constitucionalidad de tratados internacionales, pues, por el principio pacta sunt servanda los instrumentos internacionales deben cumplirse sin que sea posible oponer normas de derecho interno para incumplir dichos compromisos.”¹⁶

Esta tendencia es una práctica cuyo objetivo principal es evitar que los Estados sean sujetos de responsabilidad internacional. La responsabilidad puede tener su origen en declaraciones de inconstitucionalidad que se dan después de que un tratado haya sido ratificado. Al existir solo un control previo el riesgo de responsabilidad es menor ya que el Estado a través del Presidente, del Congreso y del Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad para verificar la constitucionalidad del tratado.

En Colombia¹⁷ también se prevé un control previo de constitucionalidad para los tratados internacionales. De acuerdo con el artículo 241 de la Constitución colombiana, todos los tratados internacionales que vayan a ser ratificados por el Presidente deben ser sometidos al control previo de constitucionalidad. La gran ventaja de este sistema es el hecho de que todos los tratados ratificados serán conformes con el texto constitucional.

¹⁶Oyarte, Martínez, Rafael. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II, La función Legislativa. Primera Edición. Quito. Andrade y Asociados Fondo Editorial. 2005. Pág.. 175.

¹⁷ Constitución Política de La Republica de Colombia Art. 241.- A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 10) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la Republica solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

De esta forma se logra uniformidad en el ordenamiento jurídico interno, evitando que existan tratados ratificados que son contrarios a la Constitución; y lo más importante; reduciendo así el riesgo de ser sujeto de responsabilidad internacional. Por el contrario, la mayor desventaja es que le resta celeridad al procedimiento. El hecho de que el Tribunal Constitucional deba revisar todos los tratados reduce la posibilidad de dar mayor importancia y tiempo a los tratados importantes, los cuales necesitan ser los primeros en la agenda. Recordemos que siempre van a existir los “acuerdos ejecutivos” que por su naturaleza no requieren de aprobación legislativa. Posiblemente al someter los acuerdos ejecutivos a un control constitucional se estén gastando recursos que podrían ser mejor utilizados.

En el caso específico del Ecuador, solo los tratados internacionales que por la materia se encuentran sometidos a aprobación legislativa, requieren previamente del dictamen del Tribunal Constitucional conforme a lo establecido en el artículo 162 inciso segundo. Dicho dictamen es obligatorio, por lo tanto su omisión causaría una inconstitucionalidad de forma respecto de la celebración de estos instrumentos internacionales.

2) Dictamen del Tribunal Constitucional:

En los Artículos 276 # 5 y 162 de la codificación de la Constitución de 1998 se establece que el Tribunal Constitucional deberá emitir un dictamen de constitucionalidad de los instrumentos públicos sometidos a aprobación del Congreso. Así mismo el artículo 277 inciso segundo de la codificación de la Constitución de 1998 establece que el dictamen del Tribunal Constitucional debe ser pedido por el Presidente de la República. De acuerdo con el Dr. Rafael Oyarte *“en su dictamen el Tribunal Constitucional se limita a señalar si el instrumento es conforme o no con el texto de la*

*Constitución.*¹⁸” Si el Tribunal considera que el instrumento internacional es conforme con el texto de la Constitución; el Congreso deberá aprobarlo o improbarlo. Por el contrario, si el instrumento internacional no es conforme con el texto de la Constitución, para aprobar dicho instrumento será necesario realizar una reforma a la Carta Magna, procedimiento establecido en el inciso tercero del artículo 162, que determina que *“la aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”*.

Esto nos da a entender que el Tribunal se limita a decir cuáles disposiciones de dicho tratado son contrarias a la Constitución, y de esta manera condiciona su aprobación a una reforma constitucional o a la presentación de reservas para la ratificación del tratado. Es importante recalcar que la Carta Magna no hace una referencia expresa de la posibilidad para que el poder ejecutivo o el poder legislativo presente reservas a un tratado. Sin embargo si nos remitimos al artículo 19¹⁹ de la Convención de Viena, de la cual el Ecuador es parte, veremos que la presentación de reservas es una opción válida. Cesar Montaña hace la siguiente reflexión respecto de los efectos que tiene el dictamen del Tribunal:

“la declaración del Tribunal Constitucional es vinculante y definitiva (artículo 14²⁰, Ley de Control Constitucional), en consecuencia, de apreciarse incompatibilidad entre el tratado internacional –por aprobarse y ratificarse- y la Constitución, no hay más

¹⁸ Oyarte, Martínez, Rafael. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II, La función Legislativa. Primera Edición. Quito. Andrade y Asociados Fondo Editorial. 2005. Pág.. 178

¹⁹ Convención de Viena de 1969. Artículo 19: Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva este prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

²⁰ Ley de Control Constitucional, Artículo 14.- De las resoluciones del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno.

remedio que renunciar a la conclusión del tratado, renegociarlo o dotarlo de las necesarias reservas, o bien proceder a la correspondiente “revisión constitucional”.”²¹

En la práctica, cuando el Tribunal condiciona la aprobación de un tratado a una reforma constitucional es lógico pensar que el Presidente de la República al momento de ratificar el tratado optará por presentar las reservas correspondientes. Lo anterior se justifica ya que el trámite previsto para reforma de la Constitución tiene como plazo mínimo un año lo que retardaría demasiado el proceso de celebración del tratado²².

II.4.- APROBACIÓN LEGISLATIVA DE TRATADOS INTERNACIONALES.-

Con este sistema el Presidente tiene el carácter de jefe supremo en materia de tratados internacionales, ya que el Congreso solo tiene la facultad de aprobar o no un tratado cuando por la materia del mismo así le corresponda²³. El Congreso aprobará o improbará un tratado en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso conforme lo establecido en el Artículo 162 de la codificación de la Constitución de 1998.

Al ser el Presidente el negociador en este tema, el será el encargado de determinar cuál será el texto del tratado y el Congreso, deberá aprobar la totalidad del tratado; ya que no se permite una aprobación parcial (solo aprueba determinados artículos).

²¹ Montaña, Galarza, Cesar. “Constitución Ecuatoriana y Comunidad Andina”. En Estudios sobre la Constitución Ecuatoriana de 1998. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2005. Pág. 412

²² Constitución de la República del Ecuador codificada en 1998. Artículo 282.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reforma constitucional, mediante el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. El segundo debate, en el que se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de miembros del Congreso, no podrá efectuarse sino luego de transcurrido un año a partir de la realización del primero.

Una vez aprobado el proyecto, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su sanción u objeción, conforme a las disposiciones de esta Constitución.

²³ Artículo 130 # 7 de la Constitución de la República del Ecuador codificada en 1998.

En opinión del Dr. Fabián Corral:

“en esta materia el Congreso no obra propiamente como legislador. No puede modificar artículo por artículo un tratado ni derogarlo. Debe aprobarlo o no y en paquete. El <<supralegislador>>²⁴ entonces es el negociador.”²⁵

Si analizamos la etimología del término <<supralegislador>> obtenemos el siguiente resultado:

- *“**Supra:** elemento procedente del lat, por encima de, sobre, que aparece como prefijo en voces compuestas.”²⁶*
- *“**Legislador:** Quién legisla. El que forma o prepara la leyes.”²⁷*

Podríamos concluir que el <<supralegislador>> es aquel que está por encima de los legisladores; es decir el legislador supremo. En este caso el Presidente efectivamente es el <<supralegislador>>, ya que el determinará el texto de los tratados y el Congreso pasa a un segundo plano, ya que su competencia solo le permite aprobar o improbar en paquete la totalidad del tratado. Fabián Corral adicionalmente sostiene que: *“las leyes locales se están convirtiendo en normativa secundaria y subsidiaria de los tratados internacionales algo así como sus reglamentos operativos ya que conforme lo establecido en el artículo 163 de la codificación de la Constitución de 1998 las normas*

²⁴ Por supralegislador se refiere al Presidente.

²⁵ Corral, B., Fabián. El Juego de la Democracia Reflexiones Urgentes. Primera Edición. Quito. Grupo Santillana. 2005. Pág. 209

²⁶ Nueva Enciclopedia Larousse. Tomo noveno. Barcelona. Editorial Planeta.1984.

²⁷ Cabanellas de Torres Guillermo Diccionario Jurídico Elemental edición 1998, editorial Heliasta Buenos Aires Argentina.

contenidas en los tratados y convenios prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.”²⁸

Con este sistema, se evita que el Congreso reforme el tratado una vez que éste ya ha sido negociado, lo que le permite al Presidente negociar con la seguridad de que si el tratado se aprueba, el texto del mismo será el texto negociado. Si el Congreso tendría la facultad de reformar los tratados, el procedimiento de negociación sería muy largo, lo que traería inseguridad y falta de eficiencia.

Otra razón para que sea necesaria la aprobación legislativa; es que el Congreso es el órgano encargado de reformar la Constitución²⁹. De esta forma si el Tribunal Constitucional en su dictamen considera que el texto del tratado es inconstitucional el Congreso será el encargado de reformar la Constitución en caso de que no sea posible presentar reservas al tratado.

Por último es importante recordar que la actual codificación de la Constitución exige la publicación del tratado aprobado por el Congreso y ratificado por el Presidente en el Registro Oficial conforme lo establecido en el artículo 163 de la codificación de la Constitución de 1998.

II.5.- BREVE COMPARACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO RECOGIDO EN LA CODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA 1998 Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979.-

²⁸ Corral B. Fabián El Juego de la Democracia Reflexiones Urgentes, 2005, Grupo Santillana, Quito Ecuador Pág. 204.

²⁹ Codificación de la Constitución de 1998 Artículo 282.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reforma constitucional, mediante el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. El segundo debate, en el que se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de miembros del Congreso, no podrá efectuarse sino luego de transcurrido un año a partir de la realización del primero.

El procedimiento para celebrar tratados internacionales ha tenido una serie de cambios que han beneficiado al Ecuador como sujeto de derecho internacional. Por esta razón vamos a realizar una comparación entre el procedimiento actual y el procedimiento anterior.

A partir de la codificación constitucional aprobada por la Asamblea Nacional de 1998 se eliminó las disposiciones contenidas en los artículos 94 y 171 de la Constitución de 1979. El artículo 94 establecía que *“las normas contenidas en los tratados y demás convenios internacionales que no se opongan a la Constitución y leyes, luego de promulgados forman parte del ordenamiento jurídico de la República”* (el subrayado es mío). Es claro, que esta disposición les otorgaba a los tratados internacionales rango inferior a la ley, lo que podría traer consigo grandes incompatibilidades con los supuestos contenidos en la Convención de Viena de 1969. En la actual codificación de la Constitución vigente a partir del 10 de agosto de 1998, los tratados internacionales definitivamente tienen rango supralegal conforme a lo establecido en el artículo 163³⁰. Por otro lado el artículo 171 de la Constitución vigente desde 1979 establecía que *“la Constitución es la Ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deberán mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones.”*

Esta disposición claramente le otorga una jerarquía superior a la Constitución respecto de los Tratados internacionales. En la codificación de la Constitución de 1998 los tratados internacionales tienen jerarquía superior respecto de las leyes y otras normas de

³⁰ Constitución Política del Ecuador codificada en 1998. Artículo 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

menor jerarquía, pero no se tiene claro cuál es su rango respecto de la Constitución, tema que será aclarado más adelante.

El hecho de que se haya eliminado el artículo 171 y 94 que existían en la Constitución de 1979, no fue una equivocación, sino una manera para asegurarse que el Ecuador no sea sujeto de responsabilidad internacional.

En la Constitución de 1979 no había una distinción de trámite respecto de la celebración de tratados internacionales. Ese texto constitucional establecía que todos los tratados tenían que ser aprobados por el Congreso Nacional³¹. Por otro lado en la actual codificación de la Constitución sí existe diferencia de trámites dependiendo de la materia que trate el tratado. Rafael Oyarte respecto de este punto, argumenta:

*“Hasta la codificación constitucional aprobada por la Asamblea Nacional, que rige desde el 10 de agosto de 1998, el Código Político de 1978-79 no distinguía el trámite de formación de los instrumentos internacionales, de guisa tal que todo tratado internacional celebrado por el Presidente de la República debía ser aprobado por la Legislatura como requisito para su eventual ratificación por parte del Jefe del Estado. La codificación constitucional de 1998 realiza la distinción de trámites en virtud de la materia que tratan. De tal forma, algunos instrumentos son celebrados y ratificados, de modo directo, prácticamente, por parte del Presidente de la República, y otros deben ser aprobados por el Congreso Nacional, previos a la ratificación ejecutiva, correspondiendo únicamente a este trámite los tratados cuya materia verse sobre alguna de las señaladas en el artículo 161 de la Constitución.”*³²

³¹ Constitución Política del Ecuador del año 1979. Artículo 103.- Son atribuciones deberes del Presidente de la República:

Determinar la política exterior y dirigir las relaciones internacionales; celebrar tratados y demás convenios internacionales, de conformidad con la Constitución y las leyes; ratificarlos previa aprobación del Congreso Nacional; y canjear o depositar, en su caso, las respectivas cartas de ratificación;

³² Oyarte, Martínez, Rafael. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II, La función Legislativa. Primera Edición. Quito. Andrade y Asociados Fondo Editorial. 2005. Pág. 159

Respecto del quórum de aprobación legislativa de los tratados internacionales, también encontramos una diferencia. Siguiendo la opinión del Dr. Rafael Oyarte se aprecia este cambio de forma muy clara:

*“El quórum de aprobación legislativa del tratado es la mayoría absoluta, quórum calificado que implica la exigencia del voto favorable de la mitad más uno del total de congresistas que integran la Legislatura. Hasta la cuarta codificación de 1997 solo se establecía que el tratado debía ser aprobado por el Congreso Nacional, siguiendo el procedimiento de formación de la ley, por lo que su aprobación obraba con simple mayoría.”*³³

Como vemos, la actual codificación de la Constitución establece una serie de cambios en el procedimiento para celebrar tratados internacionales. Todos ellos, son cambios encaminados a facilitar el cumplimiento de los tratados firmados por el Ecuador, y por lo tanto reducen el riesgo de que el país sea sujeto de responsabilidad internacional.

Respecto del procedimiento establecido en la codificación de la Constitución de 1998 para celebrar tratados internacionales me parece necesario hacer las siguientes consideraciones:

- No se establece claramente qué órgano, institución o poder del Estado será el encargado de determinar si un tratado internacional está dentro de aquellos que requieren de aprobación legislativa antes de ser ratificados, conforme lo establecido en el artículo 161 de la codificación de la Constitución de 1998. La misma codificación de la Constitución, parecería que nos da luces en este tema, al establecer en su artículo 171 # 1 7 # 12 que el presidente será el encargado de cumplir, hacer cumplir la Constitución

³³ ibidem.

y que tiene a su cargo las relaciones internacionales. Considerando que la aprobación legislativa

es una norma que nace de la Constitución, el Presidente debería ser el encargado de determinar si un tratado requiere aprobación o no. Sin embargo como la norma no es clara, hoy en día se envía los tratados internacionales a órganos que no tienen competencia para decidir si es necesaria la aprobación legislativa o no. La Constitución es clara cuando establece que las instituciones del Estado sus organismos y dependencias solo pueden ejercer las atribuciones consignadas en la Constitución y la ley; lo que hace que esta mala práctica sea evidentemente inconstitucional.³⁴ Por ejemplo a veces se envía los tratados al Congreso para que sea la Comisión de Asuntos Internacionales, la que en su informe determine si el tratado requiere o no de aprobación. Este es un órgano cuya competencia solo le permite informar al Congreso, lo que tiene como consecuencia una práctica incorrecta porque le da a la Comisión competencias que no le corresponden³⁵. Otro órgano que ha venido realizando esta función es la Asesoría Técnico Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores³⁶ (como sucedió en el caso de la "Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando éstos tengan trascendencia Internacional"). La Asesoría Técnico Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, solo tiene la función de revisar los tratados internacionales desde un lado jurídico formal, pero esto en ningún caso le da la atribución para decidir si un tratado requiere aprobación o no. Por lo tanto en el ordenamiento jurídico

³⁴ Constitución Política de la República del Ecuador codificada en 1998 artículo 119.- Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común. Aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento.

³⁵ Según el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, "competen a las Comisiones Especializadas Permanentes del Congreso Nacional, estudiar e informar sobre los proyectos de ley relacionados con las materias de su especialización.

³⁶ El reglamento orgánico funcional del Ministerio de Relaciones Exteriores establece en el artículo 21 numeral 5 que : la Asesoría jurídica tienen como función revisar desde el punto de vista jurídico formal los proyectos convenios u otros instrumentos internacionales.

ecuatoriano no está claro quién debe ser el encargado de decidir si un tratado debe ser sometido a aprobación legislativa o no y esto ha traído una serie de problemas.

Diego Cordovez considera que:

“en la mayoría de los Gobiernos tanto en países desarrollados como en desarrollo, hay una marcada reticencia a someter tratados a la aprobación parlamentaria. Por lo tanto, en las negociaciones que anteceden la celebración de un tratado se tienen muy en cuenta los términos utilizados en los textos constitucionales a fin de evadir la presentación del tratado al congreso aduciendo su exclusión de la enumeración taxativa que contiene la constitución.”³⁷

En el Ecuador tal es el caso del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las Instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcoóticos” (Acuerdo de la Base de Manta), donde se utilizó una táctica específica para tratar de evadir la aprobación legislativa y el dictamen del Tribunal Constitucional. Consiguiendo el objetivo buscado; la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso Nacional consideró que el mismo no era de aquellos que requieren de aprobación legislativa, y que por lo tanto tampoco era necesario el dictamen del Tribunal Constitucional. Sin embargo gran parte de la doctrina consideró que el Tratado es de aquellos que deben ser sometidos a aprobación legislativa y por lo tanto deben pasar por un control de constitucionalidad. En opinión del Dr. Cesar Montaña:

“pese a que sea verdad que el instrumento internacional referido no establece expresamente una alianza política o militar, se puede inferir la existencia de ella como

³⁷ Cordovez, Diego. “La Constitución y las Relaciones Internacionales”, IRUIS DICTIO Año II N° 3. Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Quito. 2001. Pág. 89.

una situación de hecho que se establece por el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada Estado contratante.”³⁸

Por otro lado Diego Cordovez, al referirse al Tratado de la base Manta dice que: *“cuando la conveniencia política y militar del Acuerdo, y la relación del mismo con el Plan Colombia, surgió como un tema polémico de discusión pública, varios parlamentarios, analistas y expertos en derecho internacional, afirmaron que la Comisión de Asuntos Internacionales carecía de la facultad de aprobar el acuerdo fundamentalmente porque las comisiones tienen atribuciones exclusivamente de recomendación al Congreso, y sostenían, además que el Congreso debió considerar el Acuerdo de conformidad con el numeral 2 del artículo 161 de la Constitución según el cual requieren aprobación parlamentaria los tratados que “establezcan alianzas políticas o militares.”*”³⁹

Me parece importante recordar este instrumento ya que al igual que en este caso puede haber muchos otros que por no considerarse de aquellos que requieren aprobación del Congreso, tampoco se someten a control constitucional, y muchas veces se aprueba un texto que contiene disposiciones contrarias a la Constitución. Creo que el sistema es claro pero que se lo ha evadido fraudulentamente, como en el caso de la Base de Manta. Como siempre, en el Ecuador nos vemos acosados por dos problemas que se repiten en muchos otros campos, la ignorancia y la irresponsabilidad. Al respecto el Dr. Fabián Corral dice:

“Ecuador, acosado por la coyuntura política sin élites ni líderes que susciten preocupación y pensamiento sobre los grandes procesos, ha ignorado sistemáticamente

³⁸ 23. Montaña, Galarza, Cesar. *“La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador con el Acuerdo de la Base Aérea de Manta”*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo I. Montevideo. Fundación Konrad-Adenauer. 2005. Pág., 228.

³⁹ Cordovez, Diego. *“La Constitución y las Relaciones Internacionales”*, IRUIS DICTIO Año II N° 3. Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Quito. 200. Pág. 90.

*la fuerte corriente hacia la internacionalización jurídica y sin entender el contexto ni las responsabilidades y efectos que implica el mundo de los tratados, ha ido, sin embargo, comprometiéndose y suscribiendo instrumentos, ratificándolos o adhiriéndose a ellos. Ha sido esta una tarea burocrática y superficial, llevada al parecer, sin mayor examen en ese estilo entre curialesco y cortesano con que se administra la diplomacia por acá. El Congreso por supuesto no tiene tiempo ni interés para examinar los contenidos, y la Presidencia de la República se adhiere sin más a los tratados, considerándolos probablemente como otro trámite de cajón que debe cumplirse. La irresponsabilidad o el desconocimiento marcan estos asuntos, y explican las posteriores sorpresas y sustos, cuando se lee bien lo que se ha firmado, adoptando entonces la actitud nada sería del <<guagua engañado>>”.*⁴⁰

En el Ecuador hasta septiembre del 2004 había alrededor de 7,200 instrumentos internacionales con efectos vinculantes para el país. ¿Cuántos de ellos habrán sido analizados a conciencia? Me atrevería a decir que muy pocos; y quién sabe cuantos de ellos debían haber sido sometidos a aprobación legislativa y control constitucional. Eso está hecho, pero es hora de que el país tome conciencia de la importancia de los tratados internacionales, ya que la ignorancia y la irresponsabilidad no nos van a llevar a ningún lado y en un futuro no muy lejano vamos a tener que rendir cuentas.

⁴⁰ Corral, B., Fabián. El Juego de la Democracia Reflexiones Urgentes. Primera Edición. Quito. Grupo Santillana. 2005. Pág. 208.

CAPITULO 3

JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

Como vimos en los capítulos anteriores cada Estado debe establecer cual será el procedimiento para celebrar tratados internacionales, y además debe determinar como se incorporarán los tratados a su sistema jurídico interno. Como resultado de lo anterior en cada Estado se les ha asignado determinada jerarquía a los tratados internacionales dentro de su sistema jurídico interno.

Hay una serie de soluciones que se han dado respecto de la jerarquía de los tratados, estando entre las principales, las siguientes:

- Asignarles a los tratados internacionales, jerarquía superior respecto de todo el ordenamiento jurídico interno incluyendo la Constitución.
- Asignarles a los tratados internacionales igualdad de rango con la Constitución.
- Asignarles a los tratados jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución.
- Asignarles a los tratados internacionales el mismo rango jerárquico que las leyes.

Por esta razón, en este capítulo analizaré el asunto de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico del Ecuador. Para esto voy a hacer un pequeño resumen de cual fue la normativa de la Constitución de 1979 sobre este tema, para luego analizar cuál es la normativa de la Codificación de la Constitución de 1998.

III .1.- SISTEMA ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979.-

La Constitución originalmente puesta en vigencia en 1979, en su artículo 94 establecía que *“las normas contenidas en los tratados y demás convenios internacionales que no se opongan a la Constitución y leyes, luego de promulgados forman parte del ordenamiento jurídico de la República”* (el subrayado es mío).

Esta disposición colocaba a los tratados internacionales por debajo de las leyes; lo que claramente podía traer consigo grandes incompatibilidades con los supuestos contenidos en la Convención de Viena de 1969 (ratificada por el Ecuador el 28 de Julio del 2003) ya que una ley posterior podía modificar las disposiciones contenidas en un tratado y hacer que el riesgo de responsabilidad internacional sea mayor.

Así mismo, manteniendo uniformidad en sus normas, la Constitución de 1979 en su artículo 171 establecía que:

“la Constitución es la Ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deberán mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones.”

Esta disposición que estuvo vigente hasta que llegó la codificación de la Constitución de 1998 claramente le otorgaba una jerarquía superior a la Constitución respecto de los Tratados Internacionales. Esta posición es totalmente lógica si consideramos que los mismos tenían una posición cuasi reglamentaria, es decir se encontraban por debajo de la ley, y por lo tanto por debajo de la Constitución. Este sistema se terminó a partir de la Constituyente de 1998, que se introdujeron una serie de reformas que lo modificaron; reformas que vamos a analizar para poder determinar cual es la jerarquía que se les reconoce a los tratados internacionales a partir de ese momento.

III.2.- SISTEMA ESTABLECIDO EN LA CODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1998.-

Se puede resumir el procedimiento para celebrar tratados internacionales establecido en la codificación de la Constitución de 1998 de la siguiente forma: el Presidente (o quien el designe) tiene la competencia exclusiva para negociar tratados internacionales. Dependiendo de la materia que aborde el tratado, el mismo se someterá a aprobación del Congreso o no. Si el tratado requiere de aprobación legislativa, previa la aprobación del Congreso, el Tribunal Constitucional deberá emitir un dictamen confirmando que el texto del tratado está o no en la misma línea que la Constitución. Una vez que existe el dictamen del Tribunal Constitucional, hay dos posibilidades. La primera es que de acuerdo con el dictamen del Tribunal Constitucional el texto del tratado sea conforme a la Constitución, y que el Congreso lo apruebe o no. La segunda es que de acuerdo con el dictamen del Tribunal Constitucional, el texto del tratado sea inconstitucional, lo que condiciona la aprobación del tratado a una reforma de la Constitución o a aprobar y ratificar el tratado con reservas. De cualquier forma, si el tratado ha sido aprobado, el Presidente deberá ratificarlo, en la manera en que el mismo tratado lo prevea. Respecto de los tratados que no requieren aprobación legislativa (acuerdos ejecutivos), el Presidente podrá ratificarlos sin formalidad alguna, es decir jamás se hace un examen de constitucionalidad de los mismos. El último paso que se debe dar es la publicación del tratado en el Registro Oficial, para que este forme parte del ordenamiento interno.

Al observar las reformas es claro que a partir de la Constituyente de 1998, todos los tratados internacionales por lo menos tienen rango supralegal, y como voy a argumentar más adelante, hay algunos que incluso tienen rango constitucional.

Expresamente la codificación de la Constitución de 1998, en su artículo 163 manda que:

*“las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y **prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía**”* (el subrayado es mío).

Por medio de esta disposición todos los tratados internacionales ratificados por el Ecuador tienen un rango supralegal, es decir prevalecen sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía. Con esta reforma que otorga rango supralegal a todos los tratados internacionales, se dejó sin valor a aquella norma de la Constitución que les otorgaba rango inferior a las leyes. Sin embargo, al momento de definir la jerarquía que tienen los tratados internacionales respecto de la Constitución en el Ecuador, se han generado una serie de posiciones doctrinarias, cada una con diferentes matices y efectos jurídicos. Las principales posiciones existentes y que han sido desarrolladas por la doctrina son:

- 1) Supremacía de los tratados internacionales con relación a la Constitución nacional.
- 2) Inferioridad de los tratados internacionales con relación a la Constitución nacional.
- 3) Igualdad de rango entre la Constitución y los Tratados Internacionales.

A efectos de llegar a las conclusiones de este ensayo jurídico voy a hacer un análisis de cada posición doctrinaria por separado.

1) Supremacía de lo tratados internacionales con relación a la Constitución nacional:

En la doctrina ecuatoriana, una de las tesis que se mantiene respecto de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales, es que los mismos están por encima de la Constitución. Por ejemplo el Dr. Alejandro Ponce Villacís manifiesta que:

“de conformidad con el actual desarrollo del derecho internacional, este es un sistema que prevalece sobre los ordenamientos domésticos. Por ello las normas domésticas que no sean compatibles con el mismo carecen de eficacia, por una parte, y por otra pueden generar responsabilidad internacional para el Estado. La Constitución del Ecuador reconoce esta estructura del derecho por ello inclusive ésta mantiene y reconoce la supremacía del derecho internacional.”⁴¹

De acuerdo con esta tesis, la codificación de la Constitución de 1998, reconoce que los tratados internacionales se encuentran sobre la Constitución. Entre otros autores que han defendido esta tesis se encuentra también el Doctor Fabián Corral. Los principales argumentos utilizados por dichos autores para justificar esta posición son los siguientes:

1.1) La disposición recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena.

Sobre este punto el Dr. Alejandro Ponce Villacís sostiene que:

“la Convención de Viena sobre los Tratados, que es sino una codificación de normas consuetudinarias, dispone en el artículo 27 que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Esta norma claramente coloca a las normas convencionales por sobre cualquier norma del derecho interno, con lo que dejaría definido el conflicto.”⁴²

⁴¹Ponce, Villacís, Alejandro. “La Constitución y el Derecho Internacional.” En Temas de Derecho Constitucional. Quito. Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ediciones Legales. 2003. Pág. 30.

⁴² ibidem Pág. 19

Así mismo respecto de la disposición contenida en el artículo 27 del Convenio de Viena que establece que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*; el Dr. Fabián Corral argumenta que *“desde el punto de vista del derecho internacional público la norma constitucional debería entenderse como derecho interno.”*⁴³

En mi opinión el fin último de la disposición contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 es que los Estados cumplan con las obligaciones asumidas por medio de un tratado internacional. En derecho comparado, los Estados le han dado diferente tratamiento a la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno. De esta forma hay Estados que reconocen igualdad de rango entre el tratado y la ley, hay Estados que al igual que el Ecuador reconocen igualdad de rango entre la Constitución y el tratado, y hay Estados que reconocen supremacía constitucional respecto del tratado que tiene rango supralegal.

Por lo tanto en su ordenamiento jurídico interno, un Estado podrá otorgar la jerarquía que considere conveniente a los tratados internacionales, pero en todo momento deberá estar consciente que no puede alegar normas internas para justificar un incumplimiento.

1.2) El artículo 272 de la codificación de la Constitución de 1998, no hace referencia expresa de los tratados internacionales.

Respecto de este punto el Dr. Alejandro Ponce Villacís sostiene que:

“de la lectura de este artículo resulta evidente que la norma que impone y reconoce la supremacía recae sobre las normas de carácter legal y de inferior jerarquía, sin embargo y con toda claridad no se refiere de manera alguna a las normas de derecho

⁴³ Corral, B., Fabián. El Juego de la Democracia Reflexiones Urgentes. Primera Edición. Quito. Grupo Santillana. 2005. Pág. 211

internacional, por ello podríamos entender que la supremacía constitucional no alcanza a las normas de derecho internacional.⁴⁴”

Es cierto que la disposición del artículo 272 no hace referencia expresa a los tratados internacionales, y que una de las interpretaciones puede ser que los tratados internacionales están por encima de la Constitución. Pero también es posible interpretar que este artículo al no referirse a los tratados internacionales nos da una señal de que éstos y la Constitución tienen idéntica jerarquía. Si la jerarquía entre estas dos normas es idéntica, no hace falta que se haga referencia a los tratados internacionales, ya que la disposición únicamente se refiere a aquellas normas que tienen un rango inferior al de la Constitución.

1.3) El artículo 162 determina que es necesaria una reforma constitucional cuando hay disconformidad entre el tratado internacional y la Constitución.

El Dr. Alejandro Ponce Villacís sobre este punto dice que:

“debe tomarse en cuenta que el último inciso del Art. 162 de la propia Constitución dispone que “la aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma (... ..) Por ello, al haber impuesto la obligación de reformar la Constitución previa a la aprobación del instrumento internacional, de manera clara y precisa la Constitución ha reconocido tanto la unidad del sistema jurídico como la real supremacía del derecho internacional por sobre la Constitución y todo el ordenamiento doméstico.⁴⁵”

En opinión del Dr. Fabián Corral:

⁴⁴ Ponce, Villacís, Alejandro. *“La Constitución y el Derecho Internacional.”* En Temas de Derecho Constitucional. Quito. Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ediciones Legales. 2003. Pág. 25

⁴⁵ Ponce, Villacís, Alejandro. *“La Constitución y el Derecho Internacional.”* En Temas de Derecho Constitucional. Quito. Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ediciones Legales. 2003. Pág. 29

“la subordinación de los tratados a la Constitución desapareció con la reforma de agosto de 1998, que dispuso en el Art. 162: “La aprobación de un tratado o convenio que exija

una reforma constitucional no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”. A este precepto se suma el principio del Tratado de Viena, al que el Ecuador se adhirió en julio del 2003, según el cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, las normas constitucionales deben entenderse como ‘derecho interno’. La reforma de la Constituyente de 1998 implica un sustancial cambio en la posición de la Constitución Política frente a los tratados. Antes, los tratados se supeditaban claramente a la Constitución Política. Hoy, la Constitución Política debe subordinarse al derecho internacional, ya que incluso puede un tratado inducir jurídicamente a una reforma constitucional.⁴⁶”

Como ya dije antes, el fin último del artículo 27 de la Convención de Viena es que los Estados no justifiquen el incumplimiento de un tratado invocando disposiciones de derecho interno, pero esto no limita la libertad para que cada Estado organice su ordenamiento jurídico interno como más le convenga. Es cierto que después de las reformas de la Constituyente de 1998 un tratado antes de su aprobación puede inducir a una reforma de la Constitución. Pero la razón de ser de esta norma no está vinculada con la superioridad o no de un tratado internacional respecto de la Constitución. Esta norma tiene como su principal fin, el asegurar unidad en el ordenamiento jurídico, para evitar que existan normas contradictorias. Es importante recordar que para asegurar unidad en el ordenamiento jurídico interno también es posible reformar el tratado antes de su aprobación. La fórmula para reformar un tratado es por medio de la presentación de reservas si es que el mismo admite esta posibilidad.

⁴⁶ Corral, B., Fabián, “Constitución y Tratados”. En Diario El Comercio del Ecuador de noviembre 24 del 2005.

Como vemos, para evitar que haya normas contradictorias y garantizar unidad en el ordenamiento jurídico interno es posible presentar reservas al tratado o reformar la Constitución pero ninguno de estos dos procedimientos determina que haya una mayor o menor jerarquía entre estas normas.

1.4) El artículo 276 no le otorga al Tribunal Constitucional la facultad de conocer una demanda de inconstitucionalidad en contra de un tratado internacional.-

Alejandro Ponce sostiene que *“el artículo 276 de la Constitución no concede la facultad al Tribunal para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los tratados internacionales. Dicha ausencia obedece sin duda alguna a que no existe supremacía constitucional frente a los tratados.”*⁴⁷

Al igual que en la actual codificación, en la Constitución originalmente puesta en vigencia en 1979, a pesar de que existía supremacía constitucional frente a los tratados no se previó la posibilidad de realizar un control posterior de los tratados internacionales, ni por declaratoria de inconstitucionalidad ni por inaplicabilidad. Por lo tanto, me parece que la no existencia de una posibilidad de control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales no obedece a que existe supremacía del derecho internacional. En mi opinión esta disposición busca evitar que por medio de un control posterior de constitucionalidad el Ecuador viole el principio *pacta sunt servanda*, y sea sujeto de responsabilidad internacional.

Los argumentos arriba enunciados, son algunos de los utilizados por los autores que defienden esta tesis. Podríamos decir que esta tesis tiene su origen en el artículo 27 de la Convención de Viena que establece que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*. De esta

⁴⁷ Ponce, Villacís, Alejandro. *“La Constitución y el Derecho Internacional.”* En Temas de Derecho Constitucional. Quito. Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ediciones Legales. 2003. Pág. 27

forma al considerar derecho interno a la Constitución, estos autores sostienen que existe una supremacía jerárquica de los tratados internacionales respecto de la misma.

La siguiente tesis que ha desarrollado parte de la doctrina ecuatoriana es aquella que sostiene que los tratados internacionales ocupan un espacio entre la Constitución y la ley, debido a su carácter de supralegalidad.

2. Inferioridad de los tratados internacionales con relación a la Constitución nacional.

En la doctrina ecuatoriana, otra de las tesis que se maneja respecto de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales, es que los mismos tienen una jerarquía infraconstitucional pero supralegal. De acuerdo con esta posición los tratados internacionales ocupan un espacio que está por encima de las leyes orgánicas y otras normas de menor jerarquía y por debajo de la Constitución.

Al respecto el internacionalista Dr. Gustavo Jalkh considera que:

“en el caso del Ecuador luego de la Nueva Constitución se ha logrado una evolución en este campo, la anterior constitución establecía que los tratados internacionales tenían jerarquía inferior a la de la ley, lo cual ponía al país en una situación jurídica muy compleja, porque existía el riesgo de incurrir frecuentemente en responsabilidad internacional. Actualmente se adoptó el sistema que utilizan la mayor parte de los estados que es el de ubicar a los tratados internacionales en un rango intermedio entre la Constitución y las leyes...”⁴⁸

⁴⁸ Jalkh, Gustavo. “Los tratados internacionales”. En Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia Ecuatoriana. Quito. Fundación Konrad Adenauer. 1999. Pág. 130.

Entre otros de los autores que defienden esta posición se encuentran los Doctores Rafael Oyarte, y Jorge Zavala Egas. Algunos de los argumentos utilizados por dichos autores para sostener esta posición son los siguientes:

2.1) La disposición contenida en el artículo 163 de la Constitución.

En opinión del Dr. Rafael Oyarte *“en la codificación constitucional vigente se establece que las normas contenidas en tratados y los demás convenios internacionales prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía (artículo 163). Como la disposición del Código político no distingue, se entiende que los tratados internacionales se encuentran por sobre las leyes orgánicas mas su jerarquía es infraconstitucional.”*⁴⁹

Es cierto que si hacemos un análisis del artículo 163, si parecería que los tratados internacionales tienen jerarquía infraconstitucional. Sin embargo es necesario recordar que el artículo 272 de la codificación de la Constitución de 1998, que establece la jerarquía de la Constitución, tampoco hace referencia respecto de los tratados internacionales como sucedía en la Constitución de 1979. Por lo tanto la misma Constitución confirma que los tratados internacionales y la Constitución tienen la misma jerarquía; ya que ninguno prevalece sobre el otro. Como la Constitución y los tratados internacionales prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía tal como lo establecen los artículos 272 y 163; la única conclusión posible es que tienen jerarquía idéntica dentro del ordenamiento

⁴⁹ Oyarte, Martínez, Rafael. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II, La función Legislativa. Primera Edición. Quito. Andrade y Asociados Fondo Editorial. 2005. Pág. 167

jurídico interno.

2.2) La existencia de control previo de constitucionalidad.

En opinión de Rafael Oyarte:

“que de conformidad con nuestra Constitución los tratados internacionales se encuentran sometidos a la supremacía constitucional, no hay duda, pues de lo contrario sería inentendible que se les haya asignado control previo de constitucionalidad.....⁵⁰”

Por otro lado, Jorge Zavala Egas sostiene que:

“la norma contenida en el artículo 162 de la Constitución, ordena que antes de ser sometido al Congreso para su aprobación o rechazo, deberá solicitar el Congreso el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución. Aquí comienza a quedar claro el sometimiento de los tratados y convenios a la supremacía constitucional, pero en forma incontrastable cuando el inciso final del artículo citado expresa que la aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma.⁵¹”

Como ya sostuve en párrafos anteriores; en mi opinión esta norma del artículo 162 de la codificación de la Constitución de 1998 no es suficiente para concluir que los tratados internacionales tienen jerarquía inferior o superior respecto de la Constitución. Esta norma solo busca dar unidad al ordenamiento jurídico para evitar que existan normas contradictorias que tengan la misma jerarquía dentro de la pirámide normativa.

Estas son las dos tesis dominantes entre los autores ecuatorianos. En nuestro país no está entre las tesis dominantes de la doctrina la posibilidad de que los tratados

⁵⁰ *ibidem* Pág. 168

⁵¹ Zavala, Egas, Jorge. Derecho Constitucional. Tomo II . Guayaquil. Edino. 2002. Pág. 62.

internacionales tengan un rango Constitucional. Sin embargo me parece necesario plantear dicha tesis para poder determinar exactamente cuál es la jerarquía que tienen estos instrumentos en nuestro ordenamiento jurídico interno.

3) Igualdad de rango entre la Constitución y los Tratados Internacionales.

Esta posición sostiene que existe igualdad de rango entre la Constitución y los tratados internacionales. Néstor Pedro Sagüés la llama Doctrina de la Constitucionalización y al respecto dice *“ocasionalmente, el propio poder constituyente da jerarquía constitucional a algunos tratados (así en materia de derechos humanos, artículo 105 de la Constitución del Perú de 1979, artículo 75, inciso 22 de la Constitución argentina.) En tal hipótesis les confiere un rango jurídico interno pero privilegiado.”*⁵²

De lo anterior podemos observar que en los casos del Perú y de la Argentina hay un reconocimiento expreso de la *“constitucionalización”* de determinados tratados internacionales. Mientras en el Perú se establecía de manera general que los tratados de derechos humanos tenían rango constitucional, en la Argentina se expresa de forma taxativa un grupo de tratados que tienen rango constitucional⁵³.

⁵²Sagüés, Néstor, Pedro. Elementos de Derecho Constitucional. Tercera edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1999. Pág. 145.

⁵³ Literalmente el Artículo 105 de la Constitución del Perú de 1979 (derogada en 1993) decía: “los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.” Así mismo el artículo 75 inciso 22 de la constitución de Argentina dice “corresponde al Congreso aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Adicionalmente el Dr. Diego Pérez en el libro “el Juego de la Democracia” respecto de la posición que mantiene el tratadista argentino Germán Bidart Campos sostiene que:

*“es importante actualizar el principio de supremacía constitucional en vista de la internacionalización del derecho. En algunos casos puede resultar incluso que el derecho internacional, por lo general contenido en las convenciones y tratados internacionales, tenga incluso supremacía sobre el derecho constitucional interno. Entonces al principio de supremacía constitucional hay que darle de conformidad con el tratadista argentino, el siguiente significado de coherencia: la constitución que le reconoce preferencia al Derecho Internacional o lo pone en la misma categoría no renuncia a su supremacía, porque conserva su característica de fuente primaria del Derecho interno. Bidart llama a este compartir de rango constitucional <<el bloque de constitucionalidad>> compuesto por la suma de constitución y derecho internacional”.*⁵⁴

Adicionalmente Bidart Campos sostiene que:

*“con el bloque de constitucionalidad es viable reconocer que a la definición de lo que es una constitución conviene explayarla para que, además del texto codificado y unitario, el derecho constitucional se componga de un bloque de constitucionalidad, del que haga parte el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la integración supraestatal, el derecho comunitario derivado, la jurisprudencia, el derecho constitucional surgido de la praxis etc.”*⁵⁵

De esta forma por medio del bloque de constitucionalidad se extiende la definición de lo que es constitución; y se aumenta al texto codificado otras normas como son aquellas de derecho internacional.

⁵⁴ Pérez, Ordóñez Diego. El Juego de la Democracia Reflexiones Urgentes. Primera Edición. Quito. Grupo Santillana. 2005. Pág. 90.

⁵⁵ Bidart, Campos, Germán J. ¿Qué es una Constitución? En revista Argentina de Derecho Constitucional. Buenos Aires. EDIAR, Año 1, N° 1. 2000. Pág. 9.

Para entender mejor el término “bloque de constitucionalidad”⁵⁶, me voy a referir a jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. La Corte Constitucional colombiana, ha hecho uso del concepto de bloque de constitucionalidad en una serie de sentencias. En la sentencia C-067/03, la Corte define bloque de constitucionalidad como:

*“aquella unidad jurídica compuesta por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”*⁵⁷

Podemos afirmar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, el bloque de constitucionalidad es aquella unidad jurídica que va más allá

⁵⁶ En la sentencia C-067/03 de la Corte Constitucional Colombiana consta el origen de este concepto. “Este concepto amplificado del derecho positivo constitucional tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de “principios y reglas de valor constitucional”, para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. También en Derecho Administrativo se utilizó la expresión “bloque de legalidad”, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de leyes, principios y reglas a que estaba sometida la Administración, que no tenían jerarquía legal. Dice entonces Favoreu que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en donde el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946 “Ponencia Francesa” Favoreu Luis, Rubio Llorente Francisco, El bloque de la constitucionalidad, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991, Págs. 19-20. Rubio Llorente advierte que después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España. Sostiene al respecto que el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 y recuerda que dicho tribunal se refirió al bloque como “a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen” (STC 29/1982) (JC, Vol. III, Pág. 371). Rubio Llorente, Francisco, Bloque de constitucionalidad, Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, número 27, septiembre-diciembre 1989.

⁵⁷ Sentencia C-582/99 de la Corte Constitucional Colombiana

de lo expresamente recogido en el texto constitucional. De esta forma hay una serie de principios y disposiciones que a pesar de no encontrarse expresamente recogidos en el texto de la Constitución, forman parte del bloque de constitucionalidad, por la importancia de las materias que tratan y porque sirven para realizar un control constitucional. Todas las normas que forman parte de este bloque, son verdaderas reglas de constitucionalidad y por lo tanto tienen el mismo rango jerárquico que la Constitución.

3.1) **Bloque de constitucionalidad en el Ecuador**

En mi opinión la posición que mejor se ajusta al ordenamiento jurídico del Ecuador es la que les otorga a la Constitución y a ciertos Tratados Internacionales el mismo rango jerárquico. Sin embargo se debe tener en cuenta que en el Ecuador existen dos tipos de tratados, aquellos que requieren aprobación del Congreso (artículo 161 de la Constitución) y aquellos que el Presidente puede celebrar sin cumplir formalidad alguna. Si se realiza un estudio de las normas constitucionales se llega a la conclusión de que solo los tratados que requieren de aprobación legislativa, son parte del bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Estos tratados por la materia que tratan, tienen trascendencia constitucional. De esta forma un tratado que establece alianzas políticas y militares necesariamente debe ser parte de la Constitución ya que en el mismo se van a establecer una serie de normas básicas que servirán como guía máxima en este tema. Por otro lado los tratados que no requieren de aprobación legislativa tienen jerarquía suprallegal, sin embargo estos no forman parte del bloque de constitucionalidad. La razón para que este tipo de tratados que se celebran en forma simplificada, no formen parte del bloque de constitucionalidad, está en que estos son tratados de menor importancia ya que muchas veces solo tratan temas administrativos o desarrollan disposiciones de tratados que ya han sido previamente aprobados por el

Congreso. Las normas que me permiten afirmar que los tratados internacionales que requieren de aprobación legislativa se encuentran dentro del bloque de constitucionalidad son las siguientes:

3.1.1) Disposiciones contenidas en los artículos 163 y 272 de la Constitución:

El artículo 171 de la Constitución vigente desde 1979 establecía que *“la Constitución es la Ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deberán mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones.”*

Hoy en día el artículo 272 de la codificación de la Constitución de 1998 establece que: *“la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.”*

Adicionalmente, el artículo 163 de la codificación de 1998 establece que *“las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.”*

Si analizamos estas tres disposiciones constitucionales podemos concluir lo siguiente:

- a) En la Constitución vigente desde 1979, se reconocía expresamente la supremacía de la Constitución respecto de los tratados internacionales.
- b) En la codificación de la Constitución de 1998 no hay reconocimiento expreso de la supremacía constitucional respecto de los tratados internacionales.

- c) En la codificación de 1998 se establece que la Constitución prevalece sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.
- d) En la codificación de 1998 se establece que los tratados internacionales prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.
- e) De esta forma al haber eliminado la disposición que reconocía la supremacía de la Constitución respecto de los tratados internacionales, y al establecer que los tratados y la Constitución prevalecen sobre las mismas normas legales, la codificación de la Constitución de 1998 reconoce igualdad de jerarquía entre ciertos tratados internacionales y la Constitución. Por lo tanto al tener el mismo rango jerárquico que la Constitución los tratados internacionales que requieren de aprobación legislativa son parte del bloque de constitucionalidad. Es decir se extiende el concepto de Constitución que antes estaba limitado al texto codificado y unificado.

3.1.2) Disposiciones contenidas en el artículo 162 de la Constitución.

Otra norma que nos da luces en este tema es el artículo 162 de la Constitución que en sus incisos segundo y tercero establece que antes de la aprobación legislativa “*se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución*” y que “*la aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma.*”

- a) En mi opinión la necesidad de un control previo de la Constitución es para asegurar que el bloque de constitucionalidad tenga unidad y que de esta forma no existan contradicciones entre normas de la misma jerarquía.

b) Por otro lado, la reforma de la Constitución tiene como objetivo permitir que el tratado sea parte del bloque de constitucionalidad sin sufrir modificaciones. Como vimos en el capítulo dos, reformar el tratado internacional puede ser una causa para que el Estado sea sujeto de responsabilidad internacional. Esto determina que la única forma de constitucionalizar el tratado sin reformar la Constitución sea presentando reservas si es que éste las permite. Por lo tanto es posible concluir que las disposiciones contenidas en el artículo 162, y la posibilidad de presentar reservas al tratado; no determinan la existencia de mayor o menor jerarquía de los tratados respecto de la Constitución. La función que cumplen estas normas es asegurarse que en el bloque de constitucionalidad no existan contradicciones entre normas de igual jerarquía lo que hace posible tener un sistema que mantenga la unidad.

3.1.3) Disposición contenida en el artículo 274 de la Constitución.

El artículo 274 de la Constitución, establece que *“cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido (el subrayado es mío).”*. El artículo otra vez claramente equipara a la Constitución con los tratados internacionales. El juez al realizar el control difuso de constitucionalidad realiza un control constitucional, ya que controla e inaplica los preceptos jurídicos que son contrarios a las normas de la Constitución. Sin embargo el texto del artículo claramente establece que el juez también deberá controlar y declarar inaplicable un precepto jurídico, si el mismo es contrario a las normas de un tratado internacional. Como vemos en este caso los tratados internacionales también sirven para realizar un control constitucional, ya que el juez deberá observar que se respeten las normas

contenidas en el texto constitucional o en los tratados internacionales. De esta manera la Constitución vuelve a equiparar a los tratados internacionales con la Constitución.

3.1.4) Normas constitucionales que identifican a los tratados internacionales con la Constitución.

Además a lo largo del texto constitucional hay un gran número de normas constitucionales que identifican a los tratados internacionales con la Constitución, dándoles así un rango idéntico. Hagamos un breve repaso de algunas de estas normas:

3.1.4.1) Disposición contenida en el artículo 95 de la Constitución.

El artículo 95 de la Constitución establece que:

“cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente (la negrilla es mía), y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.”

Vemos que de esta forma el artículo 95 establece que es posible plantear una acción de amparo constitucional por actos u omisiones de autoridad pública, que violen o puedan violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio

internacional vigente. Como podemos ver en este caso otra vez la norma constitucional equipara a la Carta Magna y a los tratados internacionales, por lo que les da idéntico significado jurídico y rango jerárquico. Se podría argumentar que el artículo 95 de la Carta Política solamente aplica para los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, pero eso sería hacer una interpretación muy limitada de la figura del amparo constitucional que sirve para proteger casi todos los derechos constitucionales contra los abusos de autoridad, no solamente los derechos fundamentales.

En opinión de Jorge Zavala Egas *“se puede concluir que el amparo es una garantía constitucional y no un derecho constitucional, es una garantía creada para proteger ciertos derechos que el constituyente ha reconocido en rango constitucional y que su defensa, tutela o protección constituyen su razón de ser.”*⁵⁸

De esta opinión para el caso específico no nos interesa si el amparo es una garantía o un derecho, lo que nos interesa es que el mismo ha sido creado para proteger derechos a los que el constituyente ha reconocido rango constitucional. Como vemos en esta disposición también se les está reconociendo rango constitucional a los derechos consagrados en los tratados internacionales, lo que otra vez me lleva a afirmar que los mismos son parte del bloque de constitucionalidad.

3.1.4.2) Disposiciones contenidas en los artículos 17 y 18 de la codificación de la Constitución de 1998.-

Respecto de los tratados de derechos humanos el texto de la Constitución es aún más claro, determinando que estos tienen rango constitucional y por lo tanto son parte del bloque de constitucionalidad. De esta forma la Constitución en su artículo 17 establece que *“el Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y*

⁵⁸ Zavala, Egas, Jorge. Derecho Constitucional. Tomo II . Guayaquil. Edino. 2002. Pág. 157.

eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes.”

Por otro lado el artículo 18 en su inciso primero establece que: *“Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”*. Como podemos observar estas disposiciones constitucionalizan a los derechos humanos que se encuentran establecidos en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes y además permite que los mismos tengan aplicación directa. En opinión de Roberto Viciano Pastor:

“No obstante el artículo 17 de la Constitución al establecer que <el Estado garantiza a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios, y más instrumentos internacionales vigentes> permite que todos los instrumentos internacionales que versan sobre derechos de las personas gocen de rango constitucional y sean directamente aplicables en el territorio ecuatoriano sin necesidad de que alguna ley los convierta en derecho interno.”⁵⁹

Como vemos al realizar un análisis de las normas contenidas en la codificación de la Constitución de 1998, es posible concluir que los tratados internacionales que requieren de aprobación legislativa tienen un rango constitucional y por lo tanto forman parte del bloque de constitucionalidad. De esta forma la definición de lo que es una constitución se ha visto modificada en el ordenamiento jurídico del Ecuador, ya que ahora hay una serie de tratados internacionales que junto con el texto codificado, determinan los límites existentes en el ordenamiento jurídico interno. Adicionalmente todavía nos falta

⁵⁹ Viciano Pastor Roberto. *“El sistema de fuentes del derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”*. En *Estudios sobre la Constitución Ecuatoriana de 1998*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2005. Pág 87.

analizar cuál es la posición jerárquica de los tratados internacionales que no requieren de aprobación legislativa.

3.2) Acuerdos ejecutivos que no requieren aprobación del Congreso.

A continuación realizaré un análisis de por qué los tratados que no requieren de aprobación legislativa no se encuentran dentro del bloque de constitucionalidad. Para esto es necesario recordar que este tipo de tratados, están dentro de aquellos que la doctrina llama acuerdos ejecutivos o de forma simplificada. Este tipo de acuerdos se caracterizan por tener menor importancia que aquellos que requieren de aprobación legislativa. Es más; muchas veces estos acuerdos tienen su principal característica en que no requieren de aprobación legislativa porque su contenido se limita a desarrollar estipulaciones ya pactadas en otro tratado para cuya validez el Parlamento ya ha dado su consentimiento constitucional, o simplemente desarrollan materias administrativas. La misma Corte Constitucional colombiana sostuvo en su sentencia C-582/99 que *“no todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, “los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias”.*

En el caso del Ecuador, a pesar de que los acuerdos ejecutivos, son supraleales, es decir están por encima de las leyes orgánicas y el resto de normas inferiores, no se encuentran en el bloque de constitucionalidad. Este tipo de acuerdos, ejecutan o desarrollan disposiciones que ya han sido previamente aprobadas en otros tratados que sí son parte del bloque de constitucionalidad. El control de constitucionalidad lo realiza el tratado previamente aprobado por el Congreso, y los acuerdos ejecutivos se limitan a

desarrollar o ejecutar los términos del tratado. Por otro lado estos acuerdos solo desarrollan materias administrativas que no son de importancia constitucional. Me parece que sería una locura afirmar que un tratado donde el Ecuador se compromete a vender diez mil toneladas de banano a Bolivia tiene la importancia suficiente como para ser una norma con jerarquía constitucional. Por lo tanto estos acuerdos ejecutivos al tratar materias de menor importancia y desarrollar materias que si tienen jerarquía constitucional no son parte del bloque de constitucionalidad.

CONCLUSIONES

- Respecto de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en el Ecuador podemos concluir que la codificación de la Constitución de 1998, no reconoce supremacía constitucional respecto de los tratados internacionales y tampoco reconoce supremacía de los tratados internacionales respecto de la Constitución. La misma reconoce que los tratados que requieren de aprobación legislativa tienen jerarquía constitucional y que los acuerdos ejecutivos o de forma simplificada tienen jerarquía supralegal.
- A pesar de la Constitucionalidad de un grupo de Tratados Internacionales, la Constitución sigue siendo la regla y el parámetro por el cual se legitima el procedimiento de aprobación y vigencia de los tratados. De modo que los tratados deben ser aprobados en la forma que manda la Constitución para poder tener validez en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano.
- Al existir normas que van más allá del texto constitucional se forma un bloque de constitucionalidad. Todas las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad tienen rango constitucional y establecen las reglas básicas por las que deberá guiarse el resto del ordenamiento jurídico. Al crear un bloque de constitucionalidad, la Constitución asegura que dos normas con jerarquías superiores al resto del ordenamiento jurídico interno, mantengan esas jerarquías, y además tengan una coexistencia pacífica entre sí. Ahí está la razón por la que se realiza un control de constitucionalidad previo; ya que de no hacerlo es posible que estas dos normas que tienen idéntica jerarquía choquen entre sí y se pierda certeza y seguridad jurídica.

- Como pudimos observar, el texto constitucional equipara en varias de sus disposiciones a estos tratados con la Carta Magna, y además, establece que el control constitucional también se llevará a cabo por medio de los tratados internacionales. Al existir un bloque de constitucionalidad el Ecuador puede cumplir con sus obligaciones internacionales de forma más eficiente, y al mismo tiempo mantiene la unidad en su ordenamiento jurídico interno. A diferencia de lo que sucede con los acuerdos ejecutivos las materias que tratan estos tratados tienen importancia constitucional; lo que hace que el Congreso tenga que aprobarlos ya que es esta la institución encargada de reformar la Constitución.
- Por otro lado están aquellos tratados que tienen un rango supralegal, que son aquellos que no requieren aprobación por parte del Congreso. Como vimos, a este tipo de tratados se los conoce en la doctrina como acuerdos ejecutivos o de forma simplificada. Se los conoce como ejecutivos, porque entre sus características principales está el hecho de que ejecutan disposiciones existentes en otros tratados que ya han sido previamente aprobados por el órgano legislativo. Adicionalmente se los conoce como de forma simplificada porque no requieren de solemnidades como el dictamen del Tribunal Constitucional y la aprobación legislativa. Estos tratados, al ser de menor importancia, no necesitan de tantas formalidades y en el ordenamiento jurídico interno tienen una jerarquía inferior a aquellas normas que forman parte del bloque de constitucionalidad.
- Por lo tanto puedo concluir que es claro que en el Ecuador la codificación de la Constitución de 1998 reconoce la existencia de un grupo de tratados que tienen jerarquía constitucional y la existencia de un grupo de tratados que tiene jerarquía supralegal pero infraconstitucional.

- Un aspecto al que no podemos dejar de hacer referencia es el hecho de que a partir de 1998 en el Ecuador se hicieron grandes cambios en materia legislativa respecto del derecho internacional. Como vimos en el caso de la Constitución de 1979, los tratados internacionales se encontraban por debajo de la ley. Esta situación, era riesgosa para el Ecuador, ya que por medio de la expedición de una ley, se podía modificar lo pactado en un tratado, y por lo tanto se dejaba de cumplir con obligaciones que provenían del mismo. La consecuencia de este tipo de situaciones, era que el Ecuador podía ser sujeto de responsabilidad internacional con mayor frecuencia.
- Hoy en día, con el nuevo sistema, un grupo de tratados tienen rango constitucional y otros tienen rango suprallegal, lo que le permite al Ecuador cumplir con sus obligaciones internacionales con mayor eficacia. Esta situación, se aplica en el campo teórico, pero me parece que en la práctica, los tratados internacionales todavía no ocupan el puesto que se les asignó en la Constitución. Esto podemos observar en la jurisprudencia de nuestros jueces y tribunales, donde muy rara vez se hace mención a las normas contenidas en tratados internacionales. Esperemos que poco a poco en el Ecuador se tome conciencia de la importancia que tienen estos instrumentos, en un mundo que se internacionaliza a pasos agigantados. La celebración de tratados internacionales es cada vez algo más común en el ordenamiento jurídico internacional, y eso es algo que el Ecuador debe tener en cuenta.

Bibliografía

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II. 1966.

Base Aérea de Manta Para Actividades Antinarcóticos. Convenio 000, Registro Oficial 340 de 16 de Diciembre de 1999.

Bidart, Campos, Germán, J. “*¿Qué es una Constitución?*”. En revista Argentina de Derecho Constitucional. Buenos Aires. EDIAR, Año 1, N° 1. 2000.

Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Décimo Tercera Edición. Buenos Aires Argentina: Editorial Heliasta. 1998.

Chiriboga, Federico. “*La Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución política de 1998*”. En IRUIS DICTIO Vol. 1 N° 1. Quito. Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. 2000.

Constitución Nacional De La República Argentina.

Constitución Política de la República del Ecuador (RO1: 11-ago-1998)

Constitución Política de la República del Ecuador originalmente aprobada en 1979, codificación de 1997.

Constitución Política de La Republica de Colombia.

Constitución Política de la República del Perú de 1979 (derogada en 1993)

Constitución Política de la república del Perú

Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969.

Cordovez, Diego. “*La Constitución y las Relaciones Internacionales*”, IRUIS DICTIO Año II N° 3. Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Quito. 2001.

Corral, B., Fabián, “*Constitución y Tratados*”. En Diario El Comercio del Ecuador de noviembre 24 del 2005.

Corral, B., Fabián. El Juego de la Democracia Reflexiones Urgentes. Primera Edición. Quito. Grupo Santillana.2005.

Corte Internacional de Justicia. *Sentencia del caso de la Anglo Iranian Oil Company*,<http://www.icjciij.org/icjwww/idecisions/isummaries/iukisummary520722.htm>, febrero 10 2006.

“El país ha firmado 7 235 tratados internacionales” Diario El Comercio del Ecuador de septiembre 24 del 2004.

Fernandez, Maldonado, Guillermo. *“El control parlamentario sobre los tratados internacionales”*. En Lecturas sobre Temas Constitucionales. Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann. Lima. 1991.

Jalkh, Gustavo. *“Los tratados internacionales”*. En Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia Ecuatoriana. Quito. Fundación Konrad Adenauer. 1999.
Ley de Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial 280 de 8 de Marzo del 2001.

Ley Orgánica de la Función Legislativa del Ecuador publicada en el Registro Oficial suplemento 862, del 28 de enero de 1992.

Llanos, Mansilla, Hugo. *“Los tratados internacionales en la constitución de 1925 y en la jurisprudencia.”* http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100012&lng=es&nrm=iso. 27 Abril 2006

Montaño, Galarza, Cesar. *“Constitución Ecuatoriana y Comunidad Andina”*. En Estudios sobre la Constitución Ecuatoriana de 1998. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2005.

Montaño, Galarza, Cesar. *“La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador con el Acuerdo de la Base Aérea de Manta”*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo I. Montevideo. Fundación Konrad-Adenauer. 2005

Nueva Enciclopedia Larousse. Tomo noveno. Barcelona. Editorial Planeta.1984.

Oyarte, Martínez, Rafael. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II, La función Legislativa. Primera Edición. Quito. Andrade y Asociados Fondo Editorial. 2005.

Pastor Ridruejo, José. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Octava edición. Madrid. Editorial Tecnos. 2001.

Pérez, Ordóñez Diego. El Juego de la Democracia Reflexiones Urgentes. Primera Edición. Quito. Grupo Santillana.2005.

Ponce, Villacís, Alejandro. *“La Constitución y el Derecho Internacional.”* En Temas de Derecho Constitucional. Quito. Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ediciones Legales. 2003.

Reglamento Orgánico Funcional Del Ministerio De Relaciones Exteriores del Ecuador. Acuerdo Ministerial num. 375, Registro Oficial num.100, del 2 de enero de 1997.

Sagüés, Nestor, Pedro. Elementos de Derecho Constitucional. Tercera edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1999.

Sentencia C-067/03 de la Corte Constitucional Colombiana

Sentencia C-582/99 de Corte Constitucional Colombiana

Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Octava Reimpresión. México. Editado por Max Sorensen. 2002.

Tribunal Constitucional. Resolución No. 032-2000.TC, en los casos 035-2000-TC y 051-2000-TC, R.O. 260, 6 de febrero del 2001.

Viciano Pastor Roberto. *“El sistema de fuentes del derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”*. En Estudios sobre la Constitución Ecuatoriana de 1998. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2005

Zavala, Egas, Jorge. Derecho Constitucional. Tomo II _ Guayaquil. Edino. 2002.