

César Montaña Galarza (Ecuador) *

Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado

I. Introducción

Desde 1969 Ecuador es socio fundador de lo que se llamó el Pacto Andino, hoy Comunidad Andina (CAN),¹ actor y participe en todas aquellas tareas y realizaciones en atención a lo que determina el Acuerdo de Cartagena (AC) como uno de sus principales objetivos: la formación de un mercado común andino en el año 2005.² Su participación en el AC ha implicado adoptar una serie de decisiones en diversos campos relacionados con la integración.³

* Abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja (UNL). Especialista en Tributación, magíster en Derecho Económico, doctor en Derecho Constitucional (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Docente del Área de Derecho y coordinador académico del Programa Internacional de Maestría en Derecho, UASB-E.

¹ El Grupo Andino nació de la suscripción del Acuerdo de Integración Subregional (Acuerdo de Cartagena), firmado en Cartagena de Indias el 26 de mayo de 1969 por los representantes con plenos poderes de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. El Acuerdo entró en vigor el 16 de octubre de 1969. El 13 de febrero de 1973 se incorporó al Acuerdo Venezuela, mientras que en 1976 se separó Chile. Ecuador aprobó el Acuerdo de Integración Subregional, mediante decreto ejecutivo n° 1932 de 24 de octubre de 1969. El Tratado se publicó en el Registro Oficial n° 345 del 9 de enero de 1970. Disponible en <<http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/acuerdo.htm>>.

² Así lo determina el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena codificado por la decisión 406 en el año 1997, cuando dice: “El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano”. En una *zona de libre comercio* el compromiso mayor y único es la apertura recíproca de los mercados nacionales que se obtiene eliminando aranceles y restricciones al comercio; en cambio, en una *unión aduanera*, a la apertura interna inicial se suma la adopción de un arancel externo común, uniforme, aplicable a las importaciones provenientes de los no socios, y en un *mercado común* se agrega a la liberación del comercio de bienes y servicios, la de los factores productivos (capital y trabajo).

³ Inicialmente el AC estableció como objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su parti-

Generalmente, el proceder de los Estados como partes de un proyecto de integración está condicionado a los arbitrios de la Comunidad, que constan en un primer momento en decisiones políticas de sus órganos para más tarde explicitarse en disposiciones jurídicas obligatorias para los países miembros (PM), cuestión esta última que no siempre es diáfana y exenta de complicaciones, pues depende del entendimiento y de la recepción que se dé al derecho comunitario⁴ en el fuero interno de los Estados, específicamente en sus sistemas jurídicos y en la administración pública, incluida la administración de justicia, lo que se explica las más de las veces por la tensión que existe entre la Constitución y el ordenamiento comunitario.

El tema que abordamos es de *teoría de la constitución*, que lamentablemente en nuestro medio no ha sido estudiado en forma amplia. Se desarrolla a la luz de las constituciones ecuatorianas de 1946,⁵ que permitió la participación del Ecuador en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC);⁶ 1967,⁷ que sirvió de basamento para el concurso del Ecuador en el entonces Grupo Andino (GRAN); 1978;⁸ y 1998,⁹ esta última en la que se percibe un giro importante en la posición del Ecuador frente al derecho internacional (DI). Pretendemos mostrar si la actual Constitución Política de la República del Ecuador (CPE) allana o dificulta el camino en virtud de su estructura y como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico

cipación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo (1960) y establecer condiciones favorables para la conversión de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en un mercado común mediante la armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes; la programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas sectoriales de desarrollo industrial; la puesta en marcha de un programa de liberación del intercambio comercial más acelerado que el se adoptase en el marco de la ALALC; la adopción de un arancel externo común cuya etapa previa sería la adopción de un arancel externo mínimo común; la preparación de programas destinados a acelerar el desarrollo del sector agropecuario; la canalización de recursos dentro y fuera de la subregión para financiar las inversiones necesarias en el proceso de integración; la integración física y la adopción de tratamientos preferenciales para Bolivia y Ecuador. Véase, Héctor Maldonado Lira, *30 años de integración andina*, Secretaría General, Lima, 1999, pp. 38-39.

⁴ En este trabajo se emplearán indistintamente *derecho de la integración* o *derecho comunitario* como nociones con similar significado.

⁵ Constitución Política del Ecuador, decreto legislativo sin número, publicado en el *RO* n° 773 del 31 de diciembre de 1945.

⁶ La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio se creó mediante el Tratado de Montevideo de 18 de febrero de 1960, en el cual participaron Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Más tarde, en 1961 se incorporaron Colombia y Ecuador, en 1966 Venezuela y en 1967 Bolivia.

⁷ Esta Constitución se promulgó vía decreto legislativo sin número, publicado en el *RO* n° 133 del 25 de mayo de 1967.

⁸ Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el *RO* n° 969 del 18 de junio de 1996.

⁹ Esta Constitución se promulgó vía decreto legislativo sin número, publicado en el *RO* n° 1 del 11 de agosto de 1998.

para la vigencia del derecho internacional y del derecho comunitario. Particularmente, interesa conocer cómo la actual Carta Política define la participación del Ecuador en el concierto de las naciones como sujeto de derecho internacional, cuando negocia, suscribe, ratifica o denuncia acuerdos internacionales, o cuando atribuye o transfiere competencias soberanas a los órganos e instituciones comunitarias, para deducir si ella encarna un elemento dinamizador, o más bien un atascadero a la evolución de la integración andina. Con este motivo, abordamos también aspectos relacionados con el derecho comunitario, conforme se lo ha entendido en la subregión andina y en el Ecuador; la existencia de la CAN como una comunidad jurídica con un propio ordenamiento jurídico; la soberanía contemporánea frente a la supranacionalidad; la aparente contradicción entre Constitución y derecho comunitario; el control constitucional de los tratados fundacionales y de los actos normativos de las instituciones comunitarias. Finalmente, como muestra de un caso palpable de intromisión del sistema comunitario en la vida jurídica estatal, referimos la situación del poder tributario del Estado considerando actuaciones de la Comunidad en ese ámbito.

II. La Constitución, el derecho internacional y el derecho comunitario andino

El Ecuador es uno de los 66 países suscriptores de la Convención Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) de 23 de mayo de 1969; procedió a su ratificación luego de 34 años, mediante decreto ejecutivo 619 de fecha 18 de julio de 2003, publicado en el *Registro Oficial* 134 del día 28 de los mismos mes y año. Nuestro país, mientras no estuvo vigente la CVDT, en la práctica demostró una tradicional inclinación al respeto de los principios del derecho y la comunidad internacionales. En esa línea de *respeto a lo internacional*, la CPE de 1998, obra de la Asamblea Nacional Constituyente, contiene reformas y textos no reformados de la Constitución de 1978, algunos de suma importancia referidos a su posición frente al ordenamiento jurídico internacional.

1. Respeto al derecho internacional y apertura para la integración comunitaria

Con una evidente vocación integradora, la Constitución de 1967, vigente cuando el Ecuador se adhirió al GRAN, declaraba en el artículo 9:

[...] el Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas. Propugna también la comunidad internacional, así como la estabilidad y fortalecimiento de sus organismos, y dentro de ella, la integración iberoamericana. [...] El Ecuador podrá formar, con uno o más Estados, asociaciones para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios.

Por otro lado, la CPE de 1978 con sus reformas y codificaciones, en el artículo 3 propugnaba la comunidad internacional, así como la estabilidad y el fortalecimiento

to de sus organismos y, dentro de ello, la integración iberoamericana como sistema eficaz para alcanzar el desarrollo de la comunidad de pueblos unidos por vínculos de solidaridad nacidos de la identidad de origen y cultura. El artículo 5 de la actual CPE dice: “El Ecuador podrá formar asociaciones con uno o más estados, para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios”. El último inciso del anterior artículo 3 (CPE de 1978) rezaba de manera idéntica al actual artículo 5.

Los numerales 3, 4 y 5 del artículo 4 de la CPE vigente contemplan expresamente que el Ecuador:

3. Declara que el derecho internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas y promueve la solución de las controversias por métodos jurídicos y pacíficos. 4. Propicia el desarrollo de la comunidad internacional, la estabilidad y el fortalecimiento de sus organismos. 5. Propugna la integración, de manera especial la andina y latinoamericana.

De lo visto se colige que Ecuador reconoce y acepta las normas generales (costumbres y principios internacionales) y convencionales del derecho de gentes, como sustentos para el ejercicio de sus relaciones con el resto de los Estados y otros sujetos de derecho internacional, lo que deja entrever, entre otras cuestiones, su disposición a condenar la autarquía y eventuales afanes nacionalistas dañosos, y que ha formado su estructura jurídica de primera línea para asumir compromisos internacionales y reconocer a la integración como un conjunto de políticas, compromisos, mecanismos, tareas, etc., encaminados a cristalizar la idea de *bien común* en el contexto internacional.

Pensamos que, en todo caso, las disposiciones transcritas deben interpretarse considerando el *principio de efectividad*, es decir, en favor de la práctica positiva de las relaciones internacionales, sea bajo arquetipos de cooperación, de coordinación o de integración;¹⁰ de lo contrario, patrones habilitadores de ese talante no tendrían razón de ser en las cartas políticas.

2. *Los derechos humanos en la Constitución del Ecuador*

En el artículo 17 de la actual Constitución consta el mandato para que el Estado ecuatoriano garantice a todos sus habitantes, sin discrimen alguno, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en la Carta Política y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes; el inciso primero del artículo 18 dice:

¹⁰ Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, *Mesa redonda sobre “La integración de América Latina y la cuestión constitucional”*. Informe de la Secretaría General, Washington, D. C., 1967, p. 10. En este Informe consta “la necesidad de recurrir nuevamente, y ahora con más poderosas razones, al criterio de la ‘efectividad’ en la interpretación y aplicación de aquellas disposiciones constitucionales que puedan en algún modo obstaculizar el proceso de integración económica de la región y la marcha acelerada de su desarrollo”.

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.

Apreciamos que la Constitución Política ecuatoriana reconoce “aplicabilidad directa e inmediata” a las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, mas no extiende explícitamente este reconocimiento a otras que, siendo de derecho internacional, no tratan en concreto la materia aludida. Hemos de pensar que esta circunstancia obedece al actual entendimiento de los derechos humanos como principios generales del derecho, y al interés de los gobiernos del mundo por concretar la protección a la vida e integridad humanas por medio de la vigencia efectiva de sus connaturales derechos; prueba de tal afirmación es por ejemplo, el cada día mayor número de países que ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional;¹¹ la comunitarización del tratamiento de los derechos fundamentales —entendidos como un conjunto indisponible e inderogable de derechos esenciales e inalienables de la persona—¹² en la Unión Europea por medio de la actuación del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas a la luz de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y a la adopción en la Comunidad Andina —gracias al trabajo que realizaron la Cancillería ecuatoriana y la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador—, de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, instrumento político que, pese a su naturaleza no vinculante, se proyecta como pivote para la realización de importantes avances en la materia a nivel andino, abriendo la puerta para una posible *comunitarización* de la protección de los derechos fundamentales en la subregión.¹³

Es patente la considerable promoción que ha tenido el tema de los derechos humanos en los últimos años, ya sea vía incorporación de normas protectivas en acuerdos, pactos, tratados o declaraciones internacionales, o bien en las legislaciones de los diferentes países. ¿Por qué no pensar que igual o parecida ventura podrían tener otro tipo de normas de derecho internacional, lo que consolidaría su esencia? —verbigracia, las contenidas en algunos tratados para atenuar o eliminar la doble tributación internacional, para proteger la propiedad intelectual, la diversidad biológica y los recursos naturales (artículo 248 de la CPE de 1998).

¹¹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue adoptado el 17 de julio de 1998. Hasta el mes de enero de 2004, de 139 Estados firmantes lo han ratificado 92. Ecuador procedió a la suscripción el 7 de octubre de 1998 y lo ratificó el 5 de febrero de 2002. Disponible en <<http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/0/d07a4ccfe7a0ea894125669c004db654?OpenDocument>>.

¹² Paz Andrés Sáenz de Santa María et al., *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 2ª ed., 1999, p. 489.

¹³ La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos fue suscrita por los presidentes de los cinco estados miembros de la Comunidad Andina —Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela— el 26 de julio de 2002 en la ciudad de Guayaquil (Ecuador). Disponible en <http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/cart_derechos_humanos.htm>.

La Constitución de 1967 trató con modestia el tema; así lo demuestra el artículo 23 que se limitaba a decir: “Derechos humanos. El Estado reconoce, garantiza y promueve los derechos del hombre, como individuo y como miembro de la familia y demás sociedades que favorezcan el desarrollo de su personalidad. La ley protegerá la libertad y más derechos de la persona contra los abusos del Poder Público y de los particulares”. Esta disposición en ninguna parte se refería al derecho internacional de los derechos humanos. La Carta Política de 1978, codificada el 13 de febrero de 1997, sobre la materia mandaba:

Artículo 19. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución. Todos los habitantes de la República tienen el deber de promover el bien común, fortalecer la unidad nacional, colaborar para el progreso integral del Ecuador, conservar el patrimonio natural y cultural de la Nación y respetar los derechos de los demás;

Artículo 20. El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes;

Artículo 21. Los derechos y garantías consagrados en esta Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier Juez, Tribunal o Autoridad Pública.

Se puede afirmar entonces que la CPE vigente evidencia una transición cualitativa y cuantitativa hacia el mejoramiento de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos; también que los instrumentos internacionales referidos a estos derechos en el momento gozan al menos de rango constitucional, sin descartar, como hemos dicho, la posibilidad de contar a mediano o largo plazo con la *comunitarización* de la materia en la Comunidad Andina.

3. *Aprobación de tratados internacionales y el control constitucional en el Ecuador*

Entre los deberes y las atribuciones del H. Congreso Nacional detallados en el artículo 130 de la CPE en vigor, se ubica el numeral 7, que dice: “Aprobar o improbar los tratados internacionales, en los casos que corresponda”. Esos casos están señalados en el artículo 161, disposición que a su vez establece que el Poder Legislativo aprobará o improbará los tratados y convenios internacionales que se refieran a materia territorial o de límites (numeral 1); los que establezcan alianzas políticas o militares (numeral 2); *los que comprometan al país en acuerdos de integración* (numeral 3); *los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley* (numeral 4); los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos (numeral 5); y los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley (numeral 6).

Según ello, inferimos que al presidente de la República le corresponde suscribir y ratificar, entre otros, previa aprobación del Parlamento, los tratados o convenios

internacionales referidos a los aludidos numerales 3 y 4 del artículo 161 de la Carta Política. Como un detalle particular hay que anotar que no apreciamos aquí una manifiesta posibilidad del Poder Ejecutivo ni del Poder Legislativo de presentar reservas o enmiendas a los tratados, posibilidad que no debería soslayarse habida cuenta de la importancia que pueden representar estas manifestaciones jurídicas para la vida de un país. En todo caso, si observamos los artículos 19 a 23 de la CVDT mentada *supra* (II), este asunto quedaría subsanado.

La integración entre Estados es compleja y presenta una serie de retos para los participantes y todo su aparato público. Así, bien puede suceder que en determinado momento por una cuestión de “interés y soberanía nacionales” el Parlamento considere importante mantener bajo su control la producción de disposiciones relacionadas con la actuación externa del Estado, lo que obedecerá seguramente a varias razones; de pronto la más importante, por el mal entendimiento de la naturaleza e importancia de la atribución de competencias a los órganos supranacionales,¹⁴ cuestión que podría intuirse como atentatoria a sus prerrogativas y, por qué no decirlo, a la soberanía nacional.¹⁵ Puede suceder también, que esa función del Estado exhiba alta reticencia frente a la actuación de los organismos de la Comunidad, particularmente a la del Parlamento Andino como órgano deliberante del Sistema Andino de Integración (SAI) constante en el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena, diseñado para representar a los pueblos de la Comunidad Andina.¹⁶

De hecho —y así lo ha demostrado la experiencia europea de integración—, el Poder Legislativo nacional pierde competencias frente a los ámbitos de actuación de órganos comunitarios dotados de poder de creación normativa, como la Comisión del AC, que dicta decisiones (derecho comunitario derivado andino) y, sobre todo, ante el poder reformador del derecho comunitario, lo que —como también se ha percibido

¹⁴ En virtud del artículo que analizamos, cabe decir que existe en efecto una cesión del ejercicio de competencias, pero no de la titularidad a organizaciones o instituciones internacionales; es decir, no se podrá disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones. Véase, al respecto, Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1999, p. 190.

¹⁵ Según Enrique Álvarez Conde (o. cit., p. 192), la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, a propósito de la ratificación del Tratado de Maastricht, cuando estableció una doctrina que significa un cambio sustancial, pues parte del principio de que el “poder comunitario” procede del pueblo de cada uno de los Estados miembros, por lo que los Parlamentos nacionales deben controlar el ejercicio de ese poder; en consecuencia, la cesión de competencias, de soberanía en total, tiene un carácter revocable, y éstas deben ser “precisas y concretas”, incompatibles con la idea de una ampliación por decisión de la propia comunidad.

¹⁶ El Parlamento Andino fue creado por el Tratado Constitutivo suscrito el 25 de octubre de 1979, sustituido por el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, adoptado en Sucre (Bolivia) el 23 de abril de 1996, el mismo que incorpora las modificaciones aprobadas en el VIII Consejo Presidencial Andino, realizado en la ciudad de Trujillo (Perú) el 10 de marzo de 1996 mediante Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino; tiene su sede en Bogotá. Véase mayor información en <http://www.comunidadandina.org/quienes/parlamento.htm>.

en Europa— evidenciaría un *déficit democrático* en la toma de decisiones en el ámbito de la Comunidad.

Esa incómoda situación de los Parlamentos nacionales hallaría alivio de varias maneras, entre ellas: 1) mediante participación más activa de los legisladores nacionales en la adopción de las políticas de la integración; 2) formando comisiones de control y seguimiento de los asuntos comunitarios; 3) participando, por ejemplo, en una conferencia permanente de Parlamentos del área andina; 4) tratando de redimensionar el Poder Legislativo frente al Poder Ejecutivo,¹⁷ pues hay que tener presentes las amplias posibilidades del presidente o jefe de Gobierno de participar a través de su concurso directo o mediante delegados en órganos comunitarios (Consejo Presidencial Andino, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Comisión), en la producción de disposiciones jurídicas comunitarias en ámbitos tradicionalmente reservados al Parlamento nacional (verbigracia, arancelario y tributario) como expresiones de la soberanía fiscal.

El gozne que sin ser un arquetipo articula la participación de Ecuador en la CAN es el artículo 161 constitucional con sus específicos numerales. Este precepto encarna lo que se ha llamado el *poder de integración o treaty making power*, pero carece de rigidez y de lindes para la atribución de competencias a las instituciones de la Comunidad, lo que podría llevar en algún momento a que se cuestionen ciertas decisiones —y la consiguiente normativa de derecho comunitario— adoptadas en el ámbito comunitario, tachándolas de ilegítimas o sin sustento democrático. Este eventual dilema resentiría la consolidación supranacional, e incluso haría merecedor de sanciones al Estado ecuatoriano por parte de las instancias comunitarias correspondientes. En torno a este asunto, Pablo Pérez Tremps hace notar que el *poder de integración* es un poder constituido, por lo tanto, infraconstitucional; es debido a ello que la Constitución puede fijar límites a la integración en la idea de soberanía como caracterización última de la existencia del Estado y cuidando los principios básicos de la estructura constitucional, a saber, libertad, democracia, derechos fundamentales de las personas, respeto a las decisiones del pueblo, estructura territorial del Estado. Así tenemos también que la integración no es incondicionada ni implica —sino excepcionalmente— el abandono de las competencias atribuidas a la Comunidad, por lo que —insistimos— será necesario contar con unidades nacionales de seguimiento permanente a los temas comunitarios.¹⁸

El artículo 162 de la CPE de 1998 determina cómo han de aprobarse los tratados y convenios internacionales: se hará en un solo debate con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Parlamento, pero previamente se solicitará un dictamen del Tribunal Constitucional (TC) respecto a la conformidad del tratado o convenio

¹⁷ Pablo Pérez Tremps, “La Constitución Española antes y después de Niza”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 13, mayo-agosto 2001.

¹⁸ *Ibidem*.

con la Constitución. Se añade que la aprobación de un tratado o convenio que exija reforma constitucional no podrá hacerse sin que antes se la haya expedido.

Por nuestra parte, creemos que la mentada disposición guarda una supremacía formal de la Constitución, pues en definitivas cuentas, el bagaje normativo fundamental se adecua al derecho de gentes; es decir, se cuida una supremacía que no es tal sino dentro de la lógica constitucional, explicada en el artículo 272 (“De la supremacía constitucional”) que se desarrolla *infra* (III). Y es que la Constitución tal y como la tenemos es el punto de inicio y de llegada del sistema jurídico que produce y sustenta; en consecuencia, para tener plena vigencia, el derecho comunitario debe incardinarse al ordenamiento nacional, pero con su autonomía y principios extraordinarios, sólo si la Carta Política lo permite.

El artículo 162 posibilita que el TC ejerza una especie de examen del tratado *a priori*¹⁹ —o preventivo— de la aprobación del Parlamento, lo que se confirma al leer el numeral 5 del artículo 276 de la misma CPE, que determina que entre las competencias del Tribunal está: “Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el H. Congreso Nacional”. O sea, la revisión por parte del órgano constitucional se hace sólo en esa ocasión y no en otra, lo que tiene lógica y es un acierto, como se verá más adelante en esta misma sección.

Por otro lado, el artículo 1 de la Ley de Control Constitucional (LCC), publicada en el *Registro Oficial* 99 del 2 de julio de 1997, determina: “El control constitucional, tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales [...]”. Este mandato tiene enjundia, pues en virtud de él se cuenta con los límites del ejercicio del control constitucional ejercido por el TC, sin invadir los campos reservados al derecho internacional, así como al comunitario andino y su autocontrol supranacional por medio del Tribunal de Justicia del AC (TJAC). Consecuentemente, el control constitucional no se aplica tampoco al derecho comunitario derivado andino; la reserva a la inexequibilidad de estas disposiciones se deduce luego de examinar los diferentes numerales del artículo 12 de la misma ley.²⁰

¹⁹ A decir de Antonio Remiro Brotóns et al. (*Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 243), el control *preventivo* responde a una doble finalidad: por un lado, la de preservar la supremacía de la Constitución frente a los tratados; por el otro, evitar la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de éstos una vez que han sido definitivamente estipulados, evitando las perturbaciones que una declaración de inconstitucionalidad puede producir en el orden internacional.

²⁰ El artículo 12 de la Ley de Control Constitucional determina: “Son atribuciones y deberes del Tribunal Constitucional: 1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, de leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas; y de ser el caso, suspender total o parcialmente sus efectos; 2. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de actos administrativos de cualquiera autoridad pública; y si lo fueren, dejarlos sin efecto. El órgano administrativo deberá adoptar las medidas necesarias para evitar que se repita la violación de la norma constitucional; 3. Conocer y resolver las resoluciones que denieguen los recursos de hábeas corpus, hábeas data y amparo; así como conocer las providencias que suban en consulta en el caso del recurso de amparo; 4. Resolver respecto de las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes; 5. Dirimir los conflictos de competencia o de

La declaración del TC es vinculante y definitiva (artículo 14 de la LCC); en consecuencia, de apreciarse incompatibilidad entre el tratado internacional —por aprobarse y ratificarse— y la Constitución, no hay más remedio que renunciar a la conclusión del tratado, renegociarlo o dotarlo de las necesarias reservas, o bien proceder a la correspondiente “revisión constitucional” antes de proveer a su estipulación definitiva.²¹ A esto hay que añadir que la revisión que hace el TC no se retrotrae a los tratados aprobados y ratificados por el Estado ecuatoriano, sino a aquellos que aún no lo han sido, lo que ayuda a lograr su estabilidad y permanencia, así como seguridad jurídica internacional, dispensando al Estado de contingente responsabilidad externa.

4. *Situación de los ordenamientos jurídicos internacional y comunitario en el derecho ecuatoriano*

El actual artículo 163 de la CPE es meridiano al determinar que las normas contenidas en 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. Al respecto, si bien el derecho internacional tiene primacía sobre el derecho interno, en nuestro sistema jurídico el tratado tiene un valor infraconstitucional y con carácter general —que admite excepciones, como la de los instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos, *supra* (II.2)— un rango supralegal;²² entonces, las normas internacionales se ubican en un espacio intermedio entre la legislación ordinaria y la Constitución. Apréciase, por lo tanto, que en nuestro sistema jurídico los tratados no tienen rango constitucional; por ello se explica que para su aprobación se exija sólo la mayoría de votos de los congresistas y no las dos terceras partes, como se requiere para reformar la Carta Política (artículo 282 de la CPE de 1998).²³ La situación descrita difiere si revisamos el artículo 94 de la anterior Carta Magna (1978), que ubicaba a los tratados con una jerarquía inferior a la ley, lo que desde todo punto de vista era riesgoso para el país y sus intereses frente a la comunidad internacional, pues lo hacía susceptible

atribuciones asignadas por la Constitución; 6. Conocer los informes que se le presenten sobre declaratorias de inconstitucionalidad pronunciadas por las salas de la Corte Suprema de Justicia o por los demás tribunales de última instancia; y resolver con carácter de obligatoriedad general la inaplicabilidad de un precepto legal si fuere contrario a la Constitución. Tal resolución no tendrá efectos sobre el fallo. Para el cumplimiento de lo prescrito en el inciso anterior, la sala de la Corte Suprema o el respectivo tribunal de última instancia, remitirá al Tribunal Constitucional el correspondiente informe, dentro de los siguientes treinta días de haberse ejecutoriado la sentencia o auto; y, 7. Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes”.

²¹ Brotóns et al., o. cit., p. 243.

²² Álvarez Conde, o. cit., pp. 190 y 191.

²³ Un brillante estudio sobre esta temática se encuentra en Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, 4ª ed., 1ª reimp., 2000, pp. 159 ss; *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, trad. Nicolás de Piérola, Cultural Cuzco, Lima, 1996, pp. 33-47.

de imputación por responsabilidad externa, ya que en cualquier momento por disposición legal se pudo haber lacerado acuerdos internacionales.

En nuestro caso se ha asumido una suerte de monismo moderado, pues el derecho internacional vive en el sistema jurídico nacional por debajo de la Constitución, pero sobre el resto del ordenamiento jurídico; en cambio, como veremos, las normas del ordenamiento jurídico andino, por su especificidad, gozan de otros posicionamiento y *modus operandi*, lo que hace que estos sistemas jurídicos —nacional, internacional y supranacional— convivan en aparente armonía.

Actualmente, la Constitución permite que Ecuador participe en comunidades de defensa de sus intereses, habilitándolo para suscribir tratados por medio de los cuales atribuye a los organismos comunitarios ciertas facultades o atribuciones y poderes que en un primer momento fueron privativas del Estado, sin que ello signifique pérdida o merma de la soberanía, sino más bien un diferente estilo del ejercicio soberano de su poder político.²⁴ La Comunidad se nutre de las competencias cedidas por los Estados en la misma cantidad en que ellos las pierden, ni más ni menos; por lo tanto, es una extensión del poder público con cualificadas posibilidades de actuar; consecuentemente, el Estado cuenta con “compartimentos vacíos” que ahora se materializan en el espacio comunitario. Lo dicho permite deducir que la integración tiene un costo para los Estados y particularmente para la Constitución.

5. *Atribuciones del Poder Ejecutivo con relación al sistema jurídico nacional*

Entre las atribuciones y deberes reconocidos constitucionalmente al presidente de la República se cuenta el de cumplir y hacer cumplir la Ley Suprema, los convenios internacionales y demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia (artículo 171, numeral 1); así mismo, definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del H. Congreso Nacional cuando la Constitución lo exija (artículo 171, numeral 12), lo que nos remite a los casos ya enunciados y comentados del artículo 161.²⁵

²⁴ Patricio Bueno Martínez, “El derecho comunitario en el Pacto Andino: caso ecuatoriano”, en *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Tribunal Andino de Justicia-Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1997, p. 114.

²⁵ Según Juan Larrea Holguín (“Supremacía de la Constitución y Tratados Internacionales”, en *FORO*, n° 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2003), tanto los actos de gobierno como las normas legislativas deben, pues, ajustarse a la CPE; ésta es la Ley Suprema del Estado y se impone a todos los ciudadanos y a las diversas autoridades de cualquiera de las ramas o funciones: tanto los funcionarios ejecutivos como los representantes legislativos o los magistrados del Poder Judicial deben acatar la CPE. Para que el control de la constitucionalidad de los actos sea eficaz, se necesita un organismo independiente que cuide de ello, o que las diversas funciones ejerzan un contralor recíproco; ambos mecanismos se han intentado en la historia ecuatoriana y al final parece imponerse uno que combina los dos a la vez: el TC, ejerce unas funciones de vigilancia específica y, además, a cada función le toca cumplir y hacer cumplir, a las otras y a los ciudadanos, la CPE.

Más allá de lo dicho, aquí encaja un aspecto trascendente: se trata del grado de capacidad contractual internacional del Poder Ejecutivo para realizar actos que, sin intervención ni aprobación del órgano legislativo nacional, obligan internacionalmente al Estado; ello plantea, por un lado, la facultad del Poder Ejecutivo para concluir acuerdos de derecho internacional, y por otro, su capacidad o aptitud para participar con su voto en la adopción de decisiones de órganos comunitarios, que afectan relaciones exteriores o asuntos internos del Estado y que, eventualmente, poseen fuerza jurídica obligatoria. Ya hemos señalado como caso digno de destacar el relacionado con el ejercicio de la soberanía fiscal estatal, del cual nos ocupamos más adelante, *infra* (VII.).

Por la dinámica de los procesos de integración, que no siempre permite cumplir el trámite usualmente dilatado de la aprobación parlamentaria y la subsiguiente ratificación, el reconocimiento de una razonable pero amplia capacidad del Poder Ejecutivo para actuar en el nivel internacional tiene excepcional valor.²⁶ Sobre el tema, insistimos en que algún alivio se puede encontrar con un rediseño del papel del Parlamento Nacional en la arquitectura comunitaria andina, lo que no implica distraerlo de sus naturales obligaciones ni ir más allá de una sana y positiva vigilancia al proceso de integración y al Poder Ejecutivo, pues en ocasiones, y según práctica de los Estados, es mejor licenciar para el logro de acuerdos de manera “simplificada o ejecutiva”, atendiendo al criterio de la “efectividad” de la normativa constitucional.

Conforme expresa Pérez Tremps, cabe sugerir que sobre la marcha de la construcción comunitaria se trate de democratizar el conocimiento de la integración, exhibiendo sus ventajas y riesgos y avanzando “de cara a los ciudadanos”. Se puede recurrir además a simplificar los tratados a fin de clarificarlos para su comprensión, pero sin cambiar su significado; así mismo, la clase política de turno que tiene en sus manos la posibilidad de adelantar la integración puede adaptar razonablemente el poder del Estado a las exigencias de la Comunidad, sin olvidar que, en todo caso, las partes no pueden condicionar al todo, sino al contrario.²⁷

6. Comercio, inversión, recursos naturales, puertos y zonas francas en la Constitución de 1998. Proyección internacional y comunitaria

El numeral 5 del artículo 243 versa sobre los objetivos permanentes de la economía, determina que Ecuador propenderá a la participación competitiva y diversificada de la producción en el mercado internacional. Obviamente, dicha participación se hará a la luz de acuerdos bilaterales y multilaterales de comercio, que *per se* forman parte del derecho internacional económico aplicado a la compraventa entre países y, que no se excluyen de una persistente identificación con el amplio bagaje de materias y disposiciones de derecho comunitario.

²⁶ Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, o. cit., pp. 17 ss.

²⁷ Pérez Tremps, o. cit.

Recordemos pues que siempre el motor de la integración ha sido *lo económico*, comprendiéndose allí los intercambios masivos y en expansión de bienes y servicios, para más tarde dar paso también a la libre circulación de los capitales y de las personas. Los instrumentos internacionales de comercio suscritos por un país miembro de un acuerdo de integración se consideran a la vez fuentes complementarias del derecho de la Comunidad, esto por virtud de bien sentada doctrina europea y andina; a la sazón, Ecuador se adhirió en 1996 al Acuerdo por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio (OMC)²⁸ y en la actualidad lleva adelante negociaciones con miras a participar en el Acuerdo de Libre Comercio de América (ALCA).²⁹

También la Carta Política ecuatoriana alude a materias del derecho internacional en el numeral 1 del artículo 244, que versa sobre las tareas que le corresponden al Estado dentro del sistema de economía social de mercado; así la alusión que se hace a la garantía de igual trato a la inversión nacional y a la extranjera (principios de no discriminación y trato nacional). Para ello se recurre a acuerdos internacionales, a disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario, o bien a legislación interna que provee mecanismos para concretar dichos principios; esta disposición se entenderá también a la luz del artículo 271 constitucional, referido a la inversión.

Actualmente, la posición del Ecuador y de la Comunidad Andina es de apertura casi indiscriminada a la inversión extranjera; para constatarlo será suficiente revisar algunas decisiones de la Comisión y resoluciones de la Secretaría General (antes Junta del Acuerdo) de la Comunidad,³⁰ sentencias del TJAC³¹ y normas legales ecuatorianas. Sobre esto

²⁸ Organización Mundial de Comercio, Protocolo de Adhesión, *RO Sup.* 977 del 28 de junio de 1996. La CAN dictó la decisión 338 sobre *Adhesión de Ecuador al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)* y la decisión 362 sobre *Apoyo a Ecuador para su Adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)*.

²⁹ Mayor información se encuentra en <http://www.ftaa-alca.org/alca_s.asp>.

³⁰ Para regular la inversión y sus temas relacionados, la CAN ha dictado, entre otras normativas, las decisiones n^{os}: 24, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías; 37, Ajustes al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías; 40, Aprobación del Convenio para evitar Doble Tributación entre Países Miembros y del Convenio Tipo para la Celebración de Acuerdos sobre Doble Tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión; 46, Régimen Uniforme de la Empresa Multinacional y Reglamento del Tratamiento Aplicable al Capital Subregional; 85, Propiedad Industrial; 103, 109 y 291, Reformas al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías; 169, Empresas Multinacionales Andinas; 220, Sustitución de las Decisiones 24 y conexas sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías; 244, Plan Andino de Acción Conjunta para coadyuvar a la Solución de los Problemas de Transporte y Comunicaciones Derivados de la Mediterraneidad de Bolivia y Modificación de la Decisión 85; 292, Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas; 313 y 344, Régimen Común sobre Propiedad Industrial; 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, etcétera. Véase <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/dectema13.htm>>.

³¹ Para acceder a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena recomendamos revisar en <<http://www.comunidadandina.org/normativa.asp>>.

último, atendiendo al sistema jurídico andino, el Ecuador dictó la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (ley 46), publicada en el *Registro Oficial* n° 219 de 19 de diciembre de 1997.³² De ello se infiere la influencia recíproca y permanente entre el comercio internacional, la circulación e inversión de capitales, las prescripciones del derecho internacional, del derecho comunitario y del derecho interno.

El derecho soberano del Estado sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales se explicita en el artículo 248 de la CPE; consta además que su conservación y utilización sostenible se harán con participación de las poblaciones involucradas, cuando sea el caso, y de la iniciativa privada, según los programas, planes y políticas que los consideren como factores de desarrollo y calidad de vida y de conformidad con los convenios y tratados internacionales. Para afrontar estas sensibles temáticas también se recurre al derecho internacional, sin desconocer por supuesto el tratamiento que podría darse en el nivel comunitario; prueba de ello fue la aprobación en julio de 2001, por parte de las autoridades ambientales de los cinco estados miembros, de los Lineamientos para la Gestión Ambiental y el Desarrollo Sostenible en la Comunidad Andina. Éste es el primer esfuerzo colectivo de la subregión en este ámbito; comprende acciones para los próximos cinco años y abarca cuatro temas: conservación y uso sostenible de la biodiversidad, calidad ambiental, comercio y medio ambiente, y foros ambientales internacionales. En la misma línea, la elaboración de una Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países Andinos contribuirá a la generación de alternativas viables de desarrollo regional sostenible a partir de los recursos naturales de la subregión y a la concertación de posiciones conjuntas ante los diversos foros internacionales de negociación.³³

Con base en el artículo 253 de la Carta Política, es evidente el concurso de los ordenamientos jurídicos nacional, internacional y comunitario; tal disposición permite al Ecuador constituir puertos libres y zonas francas, de acuerdo con la ley. En la CAN se está trabajando en áreas relacionadas; así el proceso de liberalización del transporte iniciado en los años noventa está siendo complementado con medidas orientadas a impulsar el desarrollo y la modernización del sector; de igual forma, en infraestructura las tareas prioritarias son actualizar el sistema vial y articular el espacio subregional con el resto de América del Sur, esto relacionado con la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana, que involucra a los sectores transporte, energía y telecomunicaciones.³⁴

³² El artículo 21 de esta ley determina: “El Estado, a través de todos los organismos y más entidades del sector público, velará para que la inversión nacional y extranjera se desarrolle con toda libertad y garantías establecidas en la Constitución Política de la República y en el marco legal y normativo del País [...]”.

³³ Véase <<http://www.comunidadandina.org/desarrollo.asp>>.

³⁴ Véase <<http://www.comunidadandina.org/servicios.asp>>.

3. Acerca de la supremacía constitucional

De la supremacía constitucional se ocupa el artículo 272 de la actual Carta Política, que determina:

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

De esa forma, la CPE sienta su posición y categoría de base del ordenamiento jurídico de la república; asimismo, exige que toda otra disposición que no sea de la Constitución se ajuste a sus preceptos, por lo demás, sin contradecirlos. El precepto en análisis no incluye referencia alguna al derecho internacional, lo que en nuestra opinión significa que la Carta Política cuida eventuales agravios al ordenamiento internacional. El precepto además determina cómo han de proceder los funcionarios públicos, o quienes actúen investidos de autoridad, cuando en el ejercicio de sus atribuciones deban aplicar el derecho a un caso en el cual se controviertan disposiciones de distinto grado; para el caso, la solución comporta honrar el principio de la jerarquía normativa. A ello habrá que adicionar que, cuando se controviertan normas comunitarias, se considerará para la interpretación jurídica y la aplicación de disposiciones del derecho interno, incluso de la Constitución, el *principio in dubio pro integración*, así como el *criterio de efectividad*.³⁵

Esa disposición se complementa con el primer inciso del artículo 274 de la Carta Política, que manda 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 disposiciones de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Sobre la temática, conforme comenta Juan Larrea Holguín —recurriendo a Cerda Medina—, dentro de la función genérica de jurisdicción política cabe enunciar el control de la constitucionalidad de las leyes como la más alta salvaguardia del Estado de Derecho; el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes obliga a los órganos gubernamentales a realizar sus funciones en el área preestablecida por las normas constitucionales, actuando al mismo tiempo como eficiente garantía de los derechos individuales.³⁶

El artículo 171 de la Constitución de 1978 manifestaba que la Carta Política es la ley suprema estatal; que las normas secundarias y las demás de menor jerarquía debían mantener conformidad con los preceptos constitucionales; que no tendrían valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos in-

³⁵ Bohdan Halajczuk y María Moya Domínguez, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, SAECIF, 3ª ed., 1999, p. 891.

³⁶ Larrea Holguín, o. cit., p. 240.

ternacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones. El primer inciso del artículo 257 de la Constitución de 1967 determinaba: “La Constitución es la suprema norma jurídica del Estado. Todas las demás deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, disposiciones y tratados públicos que, de cualquier modo estuvieren en contradicción con ella”. En cambio, el primer inciso del artículo 189 de la Constitución de 1946 establecía: “La Constitución es la norma jurídica de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las Leyes, Decretos, Reglamentos, Ordenanzas, Disposiciones, Pactos o Tratados Públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella o se apartaren de su texto”. Estas referencias a las cartas políticas de 1946, 1967 y 1978 nos conminan a concluir que el derecho internacional estaba francamente subordinado a la Constitución; sin embargo, es curioso constatar que el artículo 257 de la CPE de 1967 no fue óbice para que Ecuador firmara, aprobara y ratificara el Acuerdo de Cartagena en 1969, así como tampoco lo fue el artículo 189 de la Constitución de 1946 para firmar, aprobar y ratificar el tratado de la ALADI en 1960.

Para completar el panorama expuesto, añadimos que en especial las disposiciones transitorias 18^a (de la elección de los representantes ante el Parlamento Andino)³⁷ y 44^a (desarrollo de zonas de frontera) de la CPE vigente aluden a temas vinculados a la proyección externa del Ecuador por medio de diferentes manifestaciones, lo que bien puede relacionarse también con las metas y objetivos de la integración andina y, sobre todo, con los instrumentos —algunos autores consideran al derecho comunitario con carácter instrumental— que ella utiliza para concretarlos.

IV. Soberanía contemporánea y supranacionalidad

El fenómeno integrador implica la creación de organismos e instituciones³⁸ y de disposiciones jurídicas supranacionales;³⁹ por ello, es necesario analizar si dicha crea-

³⁷ Véase el artículo 42 del Acuerdo de Cartagena. Según el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, de abril de 1997, a partir de esa fecha y contando hasta 5 años, los países miembros del Acuerdo de Cartagena elegirán a sus representantes al Parlamento por votación directa y universal, cuestión que exonera a Venezuela, que aplica este mecanismo desde el 8 de noviembre de 1998.

³⁸ Según el artículo 6 del AC, los organismos que forman parte del Sistema Andino de Integración son: el Consejo Presidencial Andino; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; la Comisión de la Comunidad Andina; la Secretaría General de la Comunidad Andina; el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; el Parlamento Andino; el Consejo Consultivo Empresarial; el Consejo Consultivo Laboral; la Corporación Andina de Fomento; el Fondo Latinoamericano de Reservas; el Convenio Simón Rodríguez; los convenios sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en este marco; la Universidad Andina Simón Bolívar; los consejos consultivos que establezca la Comisión; y los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

³⁹ Hablamos respecto al derecho de la integración o comunitario, que se divide en derecho fundacional, originario o primario, y derecho secundario o derivado.

ción de naturaleza pública que se manifiesta en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial lesiona o no con sus auténticos conceptos la noción de soberanía del Estado.⁴⁰ Para este somero examen partimos sosteniendo que *soberanía, nación y Estado* son nociones desde siempre muy vinculadas a procesos económicos y sociales que se implican o complementan,⁴¹ más aún bajo la lógica de la globalización⁴² y de la integración,⁴³ como quiera que a éstas se las entienda, habida cuenta de la multiplicidad de conceptos que los autores y estudiosos les han atribuido.

“La soberanía radica en el pueblo”, dispone en el artículo 1 la CPE vigente. Además, expresa que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en la Carta Política. Conocemos que los tratados implican el mismo ejercicio de la soberanía que las leyes internas; la soberanía consiste en el poder de decidir en última instancia, y nos encontramos ante dos vertientes de aquel poder soberano: 1) la ley ordena las relaciones internas y 2) el tratado se refiere a las relaciones externas.⁴⁴

⁴⁰ En opinión de Antonio Remiro Brotóns et al. (o. cit., p. 239), la Unión Europea no puede hacerse realidad sin que determinadas fracciones de soberanía nacional sean compartidas en un ámbito superior por los países miembros. “No se trata tanto de ceder o perder fracciones de poder soberano a favor de una nueva entidad supranacional, como de compartir alguna capacidad de decisión con otros Estados soberanos en el seno de la Comunidad. [...] las Comunidades Europeas solo han podido avanzar mediante ese orden paralelo y aparentemente contradictorio: soberanía compartida en ciertos ámbitos con mantenimiento de las estructuras de soberanía propias del Estado-nación”. Es válido comentar que las mismas observaciones son aplicables para la CAN, habida cuenta que este sistema de integración se ha planteado similares objetivos, ha construido un conjunto de órganos e instituciones supranacionales y un derecho que sustenta la comunidad y que es preeminente y aplicable directa e inmediatamente en el territorio de los cinco países miembros.

⁴¹ José Eduardo Faría, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, p. 16.

⁴² Miguel Ángel Ekmekdjian (*Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, p. 7) sostiene que la globalización implica el acortamiento de las distancias entre las diversas comunidades, de modo tal que, a causa del mayor conocimiento entre los hombres, provocado por los actuales medios de comunicación y la tecnología, todo fenómeno, sea económico, político, cultural, social, etc., que se produce en algún lugar del mundo, repercute con mayor o menor intensidad, según determinadas causas, en el resto de las comunidades. El nuevo orden mundial ha disuelto fronteras de los países y avanza hacia el Estado mundial.

⁴³ Existe múltiples conceptos atribuidos a la *integración económica*; sin embargo, nos adherimos al pensamiento de Iliana Di Giovanni Battista (*Derecho internacional económico y relaciones económicas internacionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 144-145) cuando considera a la integración como: “un status jurídico, en el cual los Estados entregan algunas prerrogativas soberanas, con el fin de constituir un área dentro de la cual circulen libremente y reciban el mismo tratamiento las personas, los bienes, los servicios y capitales mediante la armonización de políticas correspondientes y bajo de una égida supranacional”. Para conocer otros conceptos, entre ellos los de J. D. Bela Balassa, Gunnard Myrdal, Robert Triffin, F. Hartog, Robert Marjolin, Jan Trinbergen, Phillip Schmitter, Constantine Vaitoso, Abdelkader Sid Ahmed y Félix Peña, sugerimos revisar Filiberto Pacheco Martínez, *Derecho de la integración económica*, Porrúa, 1998, México, pp. 32-36.

⁴⁴ Larrea Holguín, o. cit.

La soberanía es un poder fundamental y autodinámico que no reconoce subordinación a autoridad alguna. Con acierto Le Fur expresó que la conciliación de la soberanía del Estado con los derechos de la comunidad internacional es el problema medular del derecho público externo. Manifestó también:

La profunda transformación que ha experimentado durante estas últimas décadas la soberanía también constituye un valiosísimo aporte del Derecho Internacional contemporáneo al ordenamiento jurídico de los procesos de integración.⁴⁵

Según Oswaldo Molestina Zavala, es factible sostener que hemos avanzado de una concepción de la soberanía como conjunto de atributos inherentes a la personalidad misma del Estado, a la idea de una soberanía que se traduce en una mera competencia estatal ordenada por el derecho internacional, lo que anota dos aspectos: 1) en lugar de enfatizar en los derechos fundamentales del Estado, el énfasis actual se pone más bien en el de sus deberes y responsabilidades; 2) existe una noción moderna de la institución del dominio reservado de los Estados, frente a la tradicional de la jurisdicción interna, concepto distinto del que le sirvió de origen. Este criterio —sostiene— es el de que la aplicabilidad de la excepción de la jurisdicción interna ya no depende del juicio y la decisión del Estado interesado, sino del órgano que esté conociendo del asunto en cuestión; así mismo, es indudable que esta nueva concepción de soberanía y de sus limitaciones en cabeza de los Estados abre paso en el concepto tradicional para asegurar la validez y jerarquía de los actos que realicen los órganos comunitarios, al aplicar y desarrollar sus principios y normas propios.⁴⁶

Diremos, por lo tanto, que mudar conceptos e ideas aparece como congruente con los cambios sustanciales que hoy en día se perciben en el contexto mundial, imbuidos generalmente por lineamientos de política económica y comercial, renovación que en forma ineludible ocasiona mutaciones de los sistemas jurídicos (creación de nuevas disposiciones jurídicas o la modificación de aquellas que caen en desuso o se tornan inaplicables).

Desde la óptica del derecho internacional hay que considerar que el abandono multilateral de concepciones nacionales —¿o nacionalistas?— para lograr beneficios comunes no ocasiona sometimiento ni menoscabo de la soberanía estatal, sino el precioso hallazgo de una forma de justicia más elevada que puede ser viable sólo con una adopción y aplicación homogéneas.⁴⁷ Pese a que la soberanía es por definición y tradicionalmente no susceptible de escindir, somos de aquellos que piensan que para efectos prácticos, metodológicos y de proyección espacial se la puede discernir como

⁴⁵ Oswaldo Molestina Zavala, “La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria”, XXI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Tegucigalpa, 26 de noviembre al 2 de diciembre de 2000, p. 10.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 11.

⁴⁷ Alejandro Radzysinski, “Sociedades multinacionales y procesos de integración económica”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 21, n^os 121-126, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 100-101.

interna y externa; la primera, con aplicación al ámbito territorial del Estado y para dictar sus propios arbitrios y remedios por la violación de éstos, y la segunda, cuando el Estado tiene presencia igual a la de cualquier otro sujeto de derecho internacional, cuando por su voluntad puede obligarse o dirigir sus intereses allende sus confines. En opinión de José Faría, hacia lo externo del Estado también la soberanía podría entenderse como independencia.⁴⁸

En esta parte cabe recurrir a la *teoría de la autolimitación del Estado*, que se explica primero reconociendo la existencia de un Estado de Derecho que por su propio poder soberano está limitado en su accionar por normas jurídicas, sin que esto sea de ninguna manera una barrera a la soberanía que posee. Dicha autolimitación se expresa hacia dentro y hacia fuera del Estado; hacia dentro, como la sujeción de todos sus actos a disposiciones jurídicas preestablecidas, de tal manera que los gobernantes no pueden hacer nada más allá de lo que están facultados a hacer, ni tampoco los gobernados pueden hacer lo que se les haya prohibido en virtud de una disposición; hacia fuera, como la aptitud del Estado para autoobligarse con otros a hacer o dejar de hacer algo, sobre la base de las disposiciones del derecho de gentes. Cuando el Estado restringe su propia capacidad de acción al campo que el marco jurídico le ha determinado, se otorga seguridad jurídica a los administrados, con sus dos manifestaciones más claras: certeza al ordenamiento jurídico e interdicción de la arbitrariedad, como medios para proteger la libertad y los derechos de los individuos.

Respecto de la supranacionalidad, diremos que ésta se expresa de dos maneras: 1) como la transferencia de competencias soberanas desde los estados que se integran hacia el aparato comunitario; 2) mediante la conformación de órganos e instituciones comunitarios autónomos cuya característica distintiva consiste en la toma de decisiones (creación de disposiciones jurídicas) o en la expedición de fallos que son aceptados en los territorios de los países miembros, debido a su preeminencia, aplicabilidad directa o inmediata, y efecto directo.

Pensamos que formar una Comunidad de Estados bajo un sistema jurídico supranacional no lastima sino que afirma el concepto de soberanía, ya que cada Estado participante ha limitado voluntariamente los alcances de su poder público, a cambio de las ventajas las más de las veces económicas que la supeditación a un orden comunitario le puede procurar, pues el Estado tiene una potestad intrínseca para organizarse jurídicamente y proyectarse externamente como miembro de la comunidad internacional, sin otra limitación que el respeto a los derechos de otros Estados; esa proyección alcanza por demás justificación cuando busca el desarrollo económico y social conjunto de los pueblos.

Contemporáneamente, la integración comunitaria responde y se afianza en la concepción de una soberanía relativa de los Estados, no reconocida como un poder estatal supremo, absoluto e ilimitado, sino como algo menguado y circunscrito por la interac-

⁴⁸ Faría, o. cit., p. 18.

ción de los demás actores de la comunidad internacional, lo que implica la resignación de competencias específicas de los países miembros en organismos comunitarios a fin de hacer viables los procesos de integración económica,⁴⁹ cuestión que conlleva una necesaria conciliación con la supranacionalidad, entendida esta última en sentido de la aptitud o competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones *erga omnes* que afectan relaciones exteriores o asuntos internos del Estado que lo creó.

V. El carácter jurídico de la integración andina

Los procesos de integración crean entre sus actores sistemas de relaciones y dependencia que van más allá de las reglas y fines tradicionales del derecho internacional. Se requiere por ello un nuevo ordenamiento jurídico que decante lejos de los idilios políticos intergubernamentales y legitime el establecimiento del orden para los procesos de unificación supraestatal,⁵⁰ con base en intereses comunes. Ese instrumento es el *derecho comunitario*, que para lograr el avance del proceso interactúa con las Constituciones de los países miembros y con el resto de su ordenamiento interno.

Como se ha dicho, la integración tiene un contenido económico dominante que es de desear se constituya en instrumento para el desarrollo social de los pueblos;⁵¹ éste es asistido indefectiblemente por el derecho comunitario en todos los campos. Su acción conjunta se traduce en la apertura de fronteras, la desregulación del comercio exterior, la flexibilización de las relaciones laborales, la modernización informática y financiera, el acercamiento y la armonización de legislaciones nacionales, el acercamiento institucional, la adopción de políticas comunes, la planificación sectorial, la ampliación de los mercados, la búsqueda del desarrollo sustentable, la práctica del principio de no discriminación, la protección y generación del arte, la cultura, la salud, la propiedad intelectual, el desarrollo del comercio electrónico, etcétera;⁵²

⁴⁹ Eugenia Ponce de León (*Temas de derecho comunitario ambiental andino*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 48) cita parte de la sentencia C-228 del 25 de mayo de 1995, dictada por la Corte Constitucional colombiana, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁰ Luis Carlos SÁCHICA, *Derecho comunitario andino*, Temis, Bogotá, 2ª ed., 1990, p. 7.

⁵¹ En el caso andino, la liberalización y el establecimiento de un mercado común implicará que las personas podrán tanto circular libremente dentro de los países miembros como transeúntes, turistas o viajeros de negocios, como establecer su residencia en cualquiera de ellos con propósito de trabajo, estudio, inversión o como jubilados. Ello implicará un alto grado de coordinación y cooperación en los ámbitos de educación, seguridad social, pensiones, condiciones de trabajo, entre otros. El artículo 2 del AC determina: "El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los Países Miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos. Los resultados de dicho proceso deberán evaluarse periódicamente tomando en cuenta, entre otros factores, sus efectos sobre la expansión de las exportaciones globales de cada país, el comportamiento de su balanza comercial con la Subregión, la evolución de su producto territorial bruto, la generación de nuevos empleos y la formación de capital".

⁵² Faría (o. cit., p. 13) hace mención a un tema relacionado con la integración económica y con los fenómenos del presente siglo: sostiene que el advenimiento de la transnacionalización de los mercados de materias primas, producción, capitales, finanzas y consumo ha transformado radicalmente en poco más de

en suma, busca favorecer la movilidad de los cuatro libertadores (bienes, servicios, capitales y personas) en los Estados que participan.⁵³ Entre sus beneficios, la integración hace posible una presencia cosmopolita, así como realizar negociaciones en grupo, colocando a los partícipes en mejor disposición que cuando se vive en un mundo aislado.⁵⁴ Los beneficios para los ciudadanos podrían ser menos perceptibles y de difícil concreción, salvo que medie una clara y decidida acción conjunta de la Comunidad, de los países involucrados y de los agentes de la economía más importantes que actúan en el proceso, para alcanzar, por ejemplo, por vía de la flexibilidad laboral, el empleo de toda o la mayor parte de la fuerza de trabajo disponible.

1. *La Comunidad Andina, una comunidad de derecho*

El elenco de disposiciones de los tratados fundacionales —los que crean la Comunidad de Estados— engendran reglas jurídicas elementales de carácter programático que se incardinan en los ordenamientos nacionales por medio de los métodos que constan en las respectivas Cartas Políticas; crean instituciones supranacionales, contienen la asignación a la Comunidad y sus instituciones —por virtud de la soberana voluntad estatal—, de atribuciones, mecanismos, procedimientos para que se logren los objetivos trazados y los que se planteen en el desarrollo del proyecto, habida cuenta de la posibilidad de experimentar ampliaciones y/o profundizaciones, así como acercamientos hacia otros esquemas de integración.

Aunque el Acuerdo de Cartagena haya sido celebrado en forma de convenio internacional, no deja de ser lo que podríamos llamar la *carta constitucional de una comunidad de derecho*. Dan fuerza a esta posición manifestaciones especialmente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,⁵⁵ que trasladamos al caso andino, entre ellas, el Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos

una década las estructuras de dominación política y de apropiación de recursos; igualmente ha subvertido las nociones de tiempo y espacio, ha derrumbado barreras geográficas, ha reducido las fronteras burocráticas y jurídicas entre naciones, ha revolucionado los sistemas de producción, ha modificado estructuralmente las relaciones laborales, ha transformado las inversiones en ciencia, tecnología e información en factores privilegiados de productividad y competitividad, ha creado formas de poder e influencias nuevas y autónomas y, finalmente, ha multiplicado de modo exponencial y a escala planetaria los flujos de ideas, conocimiento, bienes, servicios, valores culturales y problemas sociales.

⁵³ Antonio Remiro Brotóns, *Breve diccionario del Tratado de la Unión Europea*, Centro Español de Relaciones Internacionales, Madrid, 1993, pp. 158-165.

⁵⁴ Sábica (o. cit., p. 23) plantea que en virtud de la integración se plantea la sustitución de la idea quimérica de soberanía absoluta por el criterio objetivo de la interdependencia de los pueblos; el reemplazo de la noción de *país*, como sentimiento nacionalista de patria, por el más amplio y realista de *región*, que reconoce la unidad geográfica, cultural, histórica, por encima de las fronteras; el desplazamiento del Estado, como marco insuperable de la convivencia, por la solidaridad comunitaria, y el cambio del manejo bilateral de las cuestiones internacionales por un multilateralismo que facilita las negociaciones con la visión de conjunto, global, y fortalece a los débiles frente a las potencias mediales.

⁵⁵ Sáenz de Santa María et. al., o. cit., pp. 96-97.

de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, presentado en la Conferencia Inter-gubernamental de 1996, que en una parte dice:

[...] es primordial que la Unión, fundada en el principio del Estado de Derecho, disponga de un sistema jurisdiccional capaz de garantizar la observancia del Derecho. [...] Las Comunidades Europeas son Comunidades de Derecho y la Unión, fundada en ellas, comparte esta naturaleza. La condición misma de su existencia es el reconocimiento del carácter vinculante de sus normas por parte de los Estados miembros, las instituciones y los particulares.

Idea básica del concepto de *comunidad de derecho* es la de sujeción plena a un ordenamiento jurídico propio, integrado en el de los países miembros desde su entrada en vigor, y que por ser vinculante se impone a ellos mismos, a sus nacionales e instituciones.⁵⁶ Dicho ordenamiento jurídico contiene normas *self executing* y *non self executing*; de las primeras nacen directa e inmediatamente derechos y obligaciones para los particulares sin que se requiera la participación de los Estados; de las segundas, sólo por medio de otra disposición expedida con la intervención del Estado miembro o de los organismos comunitarios.

Una comunidad institucionalizada no implica la existencia de una nueva organización estatal, ni de un Estado con grandes y singulares poderes; por tanto, es utópico pensar que dicha organización tenga los mismos atributos que los Estados. El mecanismo de operación no es otro que la obligatoriedad y superioridad de su auténtico derecho sobre los ordenamientos nacionales, debidamente asegurado por controles de legalidad y cumplimiento,⁵⁷ a cargo de un exclusivo órgano judicial. La Comunidad nacida y formada de un acuerdo de derecho internacional posee personalidad jurídica propia al amparo de las normas del derecho de gentes clásico,⁵⁸ pero para desarrollarse requiere, y de hecho ha construido, un privativo y autónomo sistema jurídico. Así, goza de derechos y tiene obligaciones, puede contratar y comparecer, claro, bajo los preceptos del derecho internacional. Sin embargo, en este último caso, el derecho comunitario en su área de influencia es preeminente respecto al derecho internacional de la Comunidad y al de los Estados que la conforman. A mayor abundamiento, la Comunidad es una persona distinta de sus progenitores, imputable y responsable de sus actos; liga intereses comunes dejando fuera las cuestiones que separan o son de interés particular de los Estados.

Todo proceso de integración económica es sustancialmente un sistema institucionalizado de elaboración de disposiciones y una comunidad de derecho, con la consecuencia natural de que la organización que lo promueve adquiere carácter de sujeto de derecho internacional.⁵⁹ La CAN cumple los presupuestos para ser conside-

⁵⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁵⁷ SÁCHICA, o. cit., p. 9.

⁵⁸ El artículo 48 del AC determina: "La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional".

⁵⁹ SÁCHICA, o. cit., p. 9.

rada una comunidad de derecho, precisamente en virtud del papel que en el proceso han cumplido las Constituciones de los Estados miembros. Ecuador con la suya ha asistido decididamente a esta empresa, revistiendo de legalidad su comparecencia externa, lo que de suyo fortifica los emprendimientos comunitarios de la subregión andina.

2. *Un privativo y sui generis ordenamiento jurídico de la integración andina*

Es determinante que en el intento integrador la Comunidad cuente con un marco jurídico propio, auténtico, creado y cuidado por ella, sin condición en su territorio, que sea instrumento para los cambios que persigue. También debe contar con un exclusivo órgano judicial con autoridad y competencia suficientes para cuidar su uniforme e irrestricto cumplimiento. En atención a ello, los teóricos europeos y latinoamericanos que han enfocado la integración desde la óptica jurídica van construyendo firmemente la doctrina del *derecho comunitario* en Europa o del *derecho de la integración o comunitario* en Latinoamérica, sin olvidar, por cierto, el valiosísimo aporte de los tribunales comunitarios por medio de su amplia jurisprudencia. Así, se han fijado sus características (operativo, instrumental, pragmático, transitorio, flexible, de cumplimiento voluntario, de excepción)⁶⁰ y sus principios aceptados de manera general (preeminencia, efecto directo y aplicabilidad inmediata). Contamos entonces con los sustentos de un ordenamiento jurídico producto de sus propias fuentes, inédito, sin parangón, que tiene especificidades moldeadas cotidianamente por la voluntad soberana de los Estados miembros y de las instituciones de la integración.

Al revisar el Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia (TCTAJ) encontramos que el artículo 1 determina que el ordenamiento jurídico comunitario comprende: el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN y sus protocolos modificatorios (hasta aquí el derecho comunitario originario);⁶¹ las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (hasta aquí el derecho comunitario derivado); y los convenios de complementación industrial y otros que adopten los Estados miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina. En nuestra opinión, esta disposición aclara de alguna manera, por un lado, los componentes del sistema jurídico andino y, por el otro, la jerarquía de los diferentes tipos de normas.

⁶⁰ César Montaña Galarza, "Constitución y derecho de la integración en la Comunidad Andina", inédito, Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 2001.

⁶¹ Hay que señalar que, en estricto sentido, en este artículo 1 del TCTAJ se debería incluir como parte del derecho originario también al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y sus Protocolos Modificatorios.

Los países de la Comunidad Andina crearon el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena mediante tratado suscrito el 28 de mayo de 1979 en Cartagena de Indias, que entró en vigencia recién el 19 de mayo de 1983.⁶² Actualmente, con la Codificación del AC contenida en la decisión 406 de 4 de julio de 1997, el Tribunal forma parte del Sistema Andino de Integración (artículo 6 del AC); es el órgano jurisdiccional de la Comunidad (artículo 5 del TCTAJ), con la organización y competencias que se establecen en el Tratado de Creación y sus protocolos modificatorios. Según los artículos 17 y siguientes del TCTAJ, dentro de sus competencias se cuentan: la acción de nulidad, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral, la jurisdicción laboral. De esta manera, el Tribunal pretende, en cada caso, declarar el derecho comunitario, fomentar una interpretación uniforme de éste, cuidar la *constitucionalidad* del tratado fundacional y lograr justicia comunitaria.

No se podría consumir la labor del TJAC sin el concurso de las cortes y tribunales nacionales, por una suerte de colaboración —o, mejor dicho, ¿obligación?— entre estas dos instancias. El juez nacional es el que decide y aplica el derecho de la Comunidad, mientras que el juez comunitario con amplias libertades inteligencia la interpretación y aplicación del derecho. Así el juez nacional es al mismo tiempo juez comunitario.

VI. La Constitución ecuatoriana y el derecho comunitario andino

Para desarrollar este punto debemos tomar en cuenta, por ejemplo, lo dicho acerca de la supremacía constitucional, las funciones de la Constitución en el sistema jurídico ecuatoriano, el examen constitucional *a priori* de los tratados y la posibilidad de ejercer control constitucional al derecho derivado.

Cuando la CPE vigente determina en el artículo 272 su supremacía, en realidad está clarificando y defendiendo sus funciones esenciales de ordenación, fundamento y concordancia respecto al ordenamiento jurídico interno. Veamos:

- *Función de ordenación.* La Constitución determina que sus preceptos tienen jerarquía superior a los restantes del orden jurídico nacional; está en la cima jurídica: ordena, acomoda y jerarquiza todo el sistema jurídico del país.

⁶² En palabras de José Luis Suárez Mejías (“La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999), el Tribunal Andino de Justicia es el órgano jurisdiccional de la CAN, que tiene competencia territorial en los cinco países miembros y se rige por el tratado que lo creó, sus protocolos modificatorios y por el Acuerdo de Cartagena. Funciona permanentemente en la ciudad de Quito. Entre sus competencias generales están las de declarar el derecho comunitario, controlar la legalidad de las normas comunitarias y lograr la uniformidad en la interpretación del derecho de la comunidad. Las sentencias que emite no requieren homologación alguna por parte de los países miembros.

- *Función de fundamento.* La Constitución se presenta como la base y el sustento único de todas las restantes normas jurídicas positivas del sistema, es decir, constituye el marco normativo del conjunto jurídico positivo.
- *Función de concordancia.* La Constitución exige que todas las normas deben adecuarse a ella en su fondo y en su forma, es decir, todas las normas jurídicas positivas serán emanadas por el órgano competente y conforme al procedimiento establecido, y que las normas inferiores no pueden suprimir ni alterar las de la Constitución.⁶³

A nuestro juicio estas funciones valen para analizar la posición de la Constitución frente al poder reformador del derecho comunitario, de acuerdo con sus especificidades anotadas. Esta aparente disputa no sólo se ha de explicar en términos absolutos, sino que siempre debe pensarse en encontrar elucidación coordinando los órdenes jurídicos. En la práctica, el derecho comunitario por su posición inamovible es capaz de desplazar las funciones de la Constitución; por ello, parecería que la solución sólo puede llegar por vía del examen constitucional *a priori* del derecho comunitario originario, situación que se verifica en Ecuador al tenor del artículo 162 de la CPE en vigor, *supra* (II.3). De esa forma, la Carta Política ve garantizada la supremacía y el tratado adquiere estabilidad jurídica plena, formando parte del ordenamiento jurídico estatal (artículo 163 de la CPE de 1998).

Trasladar parcelas de soberanía a la Comunidad no implica que la Constitución ceda la facultad de ser el sostén del sistema jurídico nacional, pues ella sigue decidiendo sobre el resto del universo jurídico, al tiempo que legitima a la nueva jurisdicción comunitaria, pero sin inmiscuirse en sus dominios; por lo tanto, la Carta Política de cada país determina la forma como el derecho internacional y el derecho comunitario se articulan con el sistema jurídico nacional, así como la manera de interactuar con todos los poderes públicos en los niveles nacional o subnacional, y con los agentes económicos públicos y privados.

No se ha visto hasta el momento una manera precisa y unívoca para receptar el ordenamiento que rige las comunidades de Estados, pero parece que a la luz de la práctica internacional, la jurisprudencia y el derecho comparado, se ha adoptado la *doctrina internacionalista*, en confrontación a la *doctrina constitucionalista*. Aquélla no acepta que las disposiciones constitucionales influyan sobre la validez de los tratados, pues se apoya en que hay que garantizar la seguridad y estabilidad de las relaciones externas (monismo); ésta defiende que la observancia de las normas constitucionales es condición esencial para la validez de los tratados, se fundamenta en la soberanía de los Estados y argumenta que el derecho internacional remite al sistema jurídico interno la determinación de los órganos y procedimientos de los cuales de-

⁶³ Calogero Pizzolo, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 237-239.

penden la formación y expresión de la voluntad estatal de obligarse por un tratado.⁶⁴ El *quid* del asunto radica en asumir que, cuando un Estado miembro mediante una disposición constitucional recibe al derecho comunitario originario, automáticamente da la bienvenida al derecho comunitario derivado —cuestión que se verifica a la luz de la Constitución del Ecuador—, por dos razones fundamentales. La primera es la vigencia y el reconocimiento de fundamentos del derecho internacional como el *pacta sunt servanda* (artículo 26 de la CVDT) que encarna un principio de moral internacional ampliamente reconocido.⁶⁵ La segunda razón remite a que el derecho comunitario tiene cualidades únicas (naturaleza, principios y características), amén de particulares disposiciones como los artículos 3 y 4 del TCTAJ, que tratan, en su orden, de la aplicabilidad directa del derecho comunitario andino, así como de obligaciones de los países miembros de hacer y no hacer —la una, que se traduce en toda clase de facilidades que debe brindar el Estado para la plena vigencia del Derecho de la Comunidad, inclusive y de manera excepcional mediante la emanación de actos normativos cuando la disposición comunitaria lo requiere; la otra, cuando al país miembro le queda vedada la posibilidad de interponer normas de su ordenamiento interno para no cumplir o entorpecer la correcta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario—. ⁶⁶ Además, mediante la acción de nulidad que sustancia el Tribunal comunitario, éste realiza una especie de *control de constitucionalidad* —otros prefieren hablar de un *control de legalidad*— del derecho derivado andino frente al originario o fundacional. Con esto se aseguraría que las disposiciones de derecho comunitario derivado no se contrapongan a las de las cartas políticas de los Estados participantes en el proceso.

Las disposiciones del derecho comunitario secundario o derivado, por regla general, se insertan directamente en el ordenamiento interno de los países miembros, sin que medie ley estatal aprobatoria ni trámite similar adicional. Por fortuna esta experiencia se vive en el caso ecuatoriano, pues la CPE no prevé que las decisiones o resoluciones andinas se sometan a control constitucional. De este modo, en nuestro país el derecho comunitario derivado carece de dicho control, porque se entiende que es un desarrollo del derecho comunitario originario o primario, el cual ya ha sorteado la confrontación necesaria para probar que no enfrenta a la Constitución.⁶⁷ Hay que aclarar, sin embargo, que el “buen comportamiento” del Ecuador frente al derecho comunitario no alcanza, desde luego, a todos los segmentos, ni tampoco lleva a la perfección conductual del Estado; así

⁶⁴ Marco Monroy Cabra, *Derecho de los tratados*, Leyer, Bogotá, 2ª ed., 1995, pp. 95-96.

⁶⁵ Un excelente análisis sobre esta regla de derecho internacional se encuentra en Hans Kelsen, *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, o. cit., pp. 82-84.

⁶⁶ Esto se relaciona con el artículo 27 de la CVDT que dice: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>>.

⁶⁷ Ponce de León, o. cit., p. 56.

lo demuestran algunos expedientes por acción de incumplimiento iniciados contra Ecuador,⁶⁸ pero que en todo caso no son la regla.

Aprobar y ratificar un tratado de integración supone dar sólo el primer paso para incardinar todo su cuerpo y efectos ulteriores al ordenamiento jurídico nacional; por ello, es lógico suponer que el Estado que se somete por efecto de un tratado internacional también se subordina al orden jurídico que emane de él o que se cree en consecuencia. De esta manera lógica y finalista debe entenderse todo el entramado jurídico de la integración, así como el variopinto conjunto de disposiciones jurídicas que existe en los niveles nacional, internacional y comunitario.

Sin conjeturar, el principio de primacía del derecho comunitario desempeña un papel importante en esta relación. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consagró el principio de la supremacía absoluta e incondicional del ordenamiento comunitario sobre el nacional:

Esta integración en el derecho de cada Estado miembro de disposiciones que provienen de fuente comunitaria [...] tiene como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, por lo tanto, serles opuesta. En efecto, la eficacia del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro, en función de las legislaciones internas ulteriores, sin poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado [...]. Las obligaciones contraídas en el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían absolutas, sino solamente condicionales, si las partes signatarias pudieran eludir las mediante actos legislativos posteriores. [...] La primacía del derecho comunitario está confirmada por el artículo 189. [...] Esta disposición [...] carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente anular sus efectos mediante un acto legislativo que prevaleciese sobre los textos comunitarios.⁶⁹

Por otro lado, el TJAC también ha sentado los principios de la preeminencia del derecho comunitario andino sobre el derecho nacional, y el de la aplicabilidad directa en el territorio de los Estados miembros, en los siguientes términos:

⁶⁸ Prueba de lo aseverado es el dictamen de incumplimiento de la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, RSA 171, RO 201 de 31 de mayo de 1999. La Secretaría General dictaminó que la República del Ecuador, a través de su Rama Judicial, y en particular como consecuencia de la conducta asumida por la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil al no tramitar la solicitud de interpretación prejudicial presentada por el apoderado de la sociedad Procter & Gamble en el juicio verbal sumario seguido por New Yorker S.A. contra aquella, petición que es obligatoria en el caso analizado, y al manifestar que el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena “es discrecional u optativo”, ha incurrido en incumplimiento de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular de los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena, y de los artículos 5, 28, 29 y 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Más adelante, por resolución n° 356, publicada en el *Registro Oficial* n° 102 del 20 de junio de 2000, la Secretaría General de la Comunidad Andina dictaminó subsanado el incumplimiento al que se refiere esta resolución. Otros casos se pueden revisar en los tomos de jurisprudencia que ha publicado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que contienen una recopilación de los fallos expedidos desde el año de 1984.

⁶⁹ Pronunciamiento que consta en la sentencia del caso *Costa c. Enel* de 15 de julio de 1964 (*M. Flaminio Costa c. ENEL*), asunto 6/64.

El Acuerdo de Cartagena es un Tratado Marco que contiene las normas programáticas de orden general, el que requiere para su desarrollo y desenvolvimiento, así como para la concreción de sus principios u objetivos, de disposiciones concretas del derecho “derivado” o del derecho “secundario” contenido en las Decisiones de la Comisión y en las Resoluciones de la Secretaría General, normas éstas que no pueden contravenir o contradecir a las de orden constitucional o primario, pero en uno u otro caso ambas con efecto preeminente sobre el derecho nacional y de aplicación directa en el territorio de los países miembros.⁷⁰

Entonces, cuando una disposición jurídica de derecho interno se opone a las del ordenamiento comunitario, bajo el principio de la *preemption* este último tendrá aplicación preferente, desplazando a la norma nacional contraria, pero no derogándola, cuestión que corresponderá en su momento al legislador nacional (monismo moderado).

Los estados que participan en un proceso de integración deben contar con la piedra angular que facilite tal emprendimiento; esa precisamente es la Constitución, orientada hacia la factibilidad de realización de los compromisos internacionales, junto con la voluntad política permanente de los gobiernos.

Por cierto, la cuestión entre Constitución y derecho comunitario no es fácil de discernir, por el desconocimiento casi generalizado de la materia aplicada a los intrincados fenómenos de la integración, la creencia en una soberanía trasnochada que bien puede constituirse en cerrojo que confina al atraso de los pueblos, la existencia de sectores interesados en el desenvolvimiento autárquico de los países, etcétera. La polémica tiene aristas que enconan la formación de un clima y un espacio apropiados para el desarrollo del proceso integrador; por ello, la óptica para abordarla es esencialmente jurídica, claro que sin descuidar la presencia de autorizadas visiones desde lo sociológico, lo político y lo económico que podrían construirse a partir de otros estudios.

La relación entre la Carta Política y el ordenamiento jurídico de la integración no es tranquila, ni siquiera es de jerarquías, sino de ensamblajes suficientemente firmes y ágiles para dar forma y facilitar las tareas del grupo en vías de integrarse. La clave no está en referir cuál de los dos sistemas jurídicos prevalece, sino en conocer cómo se articulan para no constituirse en impedimentos; ver sólo la disputa de la cima piramidal del sistema ordenador de un Estado es señal de miopía.

Está claro que el derecho comunitario se aplica con preferencia al interno y, como se ha dicho, se incardina en él para formar un solo ordenamiento jurídico que asiste al proceso. Entre las maneras de incardinar las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional tenemos: 1) transformar el tratado en ley interna —dualismo—; 2) dictar en el fuero interno una norma de ejecución —léase *ley*— del tratado internacional —dualismo—; 3) publicarlo en el órgano oficial de divulgación de las normas del país, sin que aquello encarne la promulgación de una nueva ley de la república, sino la revelación del amparo del tratado y la incorporación total al orde-

⁷⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Acción de Incumplimiento, Proceso 3-AI-98, sentencia del 11 de febrero de 1999.

namiento nacional con su materialidad y efectos. Esta última forma, adoptada por nuestro país, es congruente con el prohijamiento de la concepción monista moderada del derecho, que corroboramos.

No hay duda que el derecho internacional prima sobre el derecho interno; se discute si incluso sobre la Constitución (monismo jurídico/corriente internacionalista). Cuando no hay conformidad del derecho interno con el derecho internacional, lo ideal es que el Estado reforme o derogue en el menor tiempo posible la norma contraria al ordenamiento internacional; ésta es una salida meditada y sosegada (monismo moderado), a falta de la recepción del poder automático de derogatoria del derecho de gentes (monismo absoluto). El monismo es afín a la existencia del derecho comunitario, es decir, en la mente de los juristas de la integración deberá prevalecer la concepción del derecho como una ciencia social única, que se expresa en diferentes niveles y espacios normativos que tendrán que ajustarse para convivir.

Aquí cabe una breve revisión de reciente doctrina ecuatoriana sobre el tema. Julio César Trujillo sostiene que no hay duda ni discusión acerca de las relaciones de subordinación de todo el ordenamiento jurídico nacional o interno a la Constitución, pero no ocurre lo mismo respecto de las relaciones del derecho internacional y del derecho de la integración con la Constitución. Afirma que el derecho internacional prima sobre el derecho interno, incluido el constitucional, pero no por ello éste queda automáticamente derogado por aquél, sino que hace falta que el Estado lo derogue o reforme al tenor del compromiso internacional. Mientras esto no ocurra, las autoridades nacionales que no sean las competentes para derogar o reformar la Constitución o la ley deberán aplicar el derecho interno o nacional, y entonces cualquier interesado, en especial los otros Estados partes del tratado, podrán demandar que el tribunal internacional previsto para el efecto lo condene a derogar o reformar su derecho interno y le imponga las reparaciones que en los mismos tratados se hayan previsto. Cuando Trujillo trata el problema entre la Constitución y el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, sostiene que la solución está del lado de la primacía de este último.⁷¹

Por su parte, Juan Larrea Holguín manifiesta que el Estado que colija que un tratado celebrado y ratificado válidamente es inconstitucional debe, o bien revisar y reformar su derecho interno, o bien acudir a los procedimientos aceptados por el derecho internacional para desahuciar, reformar o llegar a la anulación del tratado, pero no puede unilateralmente hacerse justicia por sí mismo.⁷²

Galo Pico Mantilla plantea que, por el principio de la primacía de la norma comunitaria, sus preceptos prevalecen sobre la norma nacional; en este caso, el derecho comunitario andino prevalece sobre el derecho nacional. Afirma además que la primacía no significa jerarquía interna entre las dos normas; más bien tiene relación

⁷¹ Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 1994, p. 115-117.

⁷² Larrea Holguín, o. cit.

con la competencia legislativa asignada a los organismos de la integración por medio del tratado constitutivo de la Comunidad.⁷³

Patricio Bueno Martínez ya advirtió que en la Carta Política de 1978 existía la base constitucional para crear y formar entes comunitarios con facultades que permitan legislar para los países que integren los pactos regionales, sin necesidad, por lo tanto, de que cada Estado ratifique la legislación derivada que nace o se origina por decisión de los órganos comunitarios.⁷⁴

Está claro que Ecuador mantiene la base constitucional necesaria —pero no ideal— para que la integración andina experimente notorios avances; además, la exención de control constitucional al derecho comunitario derivado es vivida a plenitud y, si se quiere, se ha afirmado considerablemente. Sin embargo, no hay que olvidar múltiples temáticas que en cualquier momento pueden poner en dificultades al Estado ecuatoriano y a su propia organización interna; verbigracia, la obligatoriedad del derecho comunitario frente a los entes subnacionales públicos (municipios, consejos provinciales, juntas parroquiales) considerando los criterios de cooperación y coordinación con el Estado, la incapacidad del ordenamiento jurídico de la Comunidad para alterar el reparto de competencias a nivel nacional, la insuficiente cobertura de la Constitución a la integración y sus efectos, la lenta capacidad de reacción de la institucionalidad pública ecuatoriana frente a cuestiones que plantee la Comunidad, el déficit democrático en la toma de decisiones en asuntos comunitarios que afectan al país.

Finalmente, pese a lo anotado en el párrafo precedente, que sólo intenta alertar sobre enigmas que en algún momento puede plantearnos la integración andina, sobre todo mediante el desarrollo de su ordenamiento jurídico, la experiencia muestra que el Ecuador, con sus diversos ámbitos de poder público, ha asumido sin mayores problemas desde la lógica del derecho —y sin tener mayor control del proceso, lo que torna paradójico al asunto— los principios básicos que articulan las relaciones entre la Constitución y el ordenamiento comunitario.

VII. Implicaciones comunitarias sobre el poder tributario del Estado ecuatoriano

Ahora abordaremos al menos una de las parcelas de implicación del derecho comunitario respecto al ordenamiento jurídico interno: el ámbito de la fiscalidad de los Estados miembros de la CAN. Para el efecto, conviene en primer término constatar las atribuciones originales —por vía constitucional— de que gozan el presidente de la República y el H. Congreso Nacional, en lo tocante al poder tributario del Estado.⁷⁵

⁷³ Galo Pico Mantilla, *Derecho andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 2ª ed., 1992, p. 49. Véase también Bueno Martínez, o. cit., pp. 114-116.

⁷⁴ Bueno Martínez, o. cit., p. 114.

⁷⁵ Según Joachim Lang (“Los presupuestos constitucionales de la armonización del derecho tributario en Europa”, en *Tratado de derecho tributario*, t. I, Temis, Bogotá, 2001, p. 765): “A la

Así, el numeral 6 del artículo 130 de la CPE vigente dispone: “El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: [...] 6. Establecer, modificar o suprimir, mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos [...]”. El artículo 147, en la parte que nos interesa, determina: “Solamente el Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley mediante los cuales se creen, modifiquen o supriman impuestos [...]”. El tercer inciso del artículo 257, que trata del régimen tributario, establece: “El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana”. Estos preceptos reconocen exclusiva atribución de poder tributario al Parlamento Nacional y al Ejecutivo. Frente a ello, como veremos, la Comunidad Andina, por medio de los órganos pertinentes y con base en el Acuerdo de Cartagena, ha elaborado una serie de disposiciones de derecho comunitario derivado que buscan en último término la liberalización comercial intracomunitaria y la adopción de un arancel externo común (AEC) para el comercio con países ajenos al grupo, con miras a la formación de un Mercado Común Andino hacia el año 2005.⁷⁶

De la revisión del texto del Acuerdo fundacional no surge precepto alguno que ordene la atribución del poder de imposición del Estado ecuatoriano en favor de la Comunidad; por lo tanto, se entendería que ésta no ha sido autorizada para decidir y normar cuestiones nacionales atinentes al tema arancelario; peor aún, a las implicadas en la tributación indirecta (impuesto al valor agregado o a los consumos específicos) o en la tributación directa (impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio). Pese a ello, está claro que el objetivo central del Acuerdo, es decir, la formación de un mercado común andino, necesita del derecho comunitario derivado para incidir primero sobre aspectos nacionales de la imposición indirecta y luego sobre aquéllos de la imposición directa. Es bien sabido que en las fases primarias de la integración se aconseja modular ciertos aspectos de la imposición indirecta, que es mucho más beneficiosa para el proceso gradual de liberalización de los bienes y servicios en el territorio comunitario, y que, en cambio, resulta vital para la libre circulación del capital y de las personas ajustar los sistemas tributarios nacionales referidos a la imposición directa.⁷⁷

Hablamos de la posibilidad de que la Comunidad pueda incidir en el ámbito fiscal de los países miembros, sea por vía de la armonización de la política macroeco-

imposición se la considera como un fenómeno que influye de un modo esencial no solo sobre la situación económica de una sociedad, sino también sobre la eficiencia de la oferta de servicios públicos a los ciudadanos: la imposición está, además, estrechamente conectada con el ordenamiento jurídico esencial de una sociedad, ya definido en la Constitución de los Estados miembros”.

⁷⁶ Las decisiones adoptadas sobre el tema en cuestión están disponibles en <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/dectema4.htm>>.

⁷⁷ Sobre el tema en cuestión recomendamos revisar Mauricio Plazas Vega, “La clasificación de los impuestos en directos e indirectos y el derecho tributario comunitario”, en Víctor Uckmar (coord.), *Curso de derecho tributario internacional*, t. II, Temis, Bogotá, 2003, pp. 433-440; Franco Roccatagliata, “El derecho tributario comunitario”, en Víctor Uckmar (coord.), o. cit., pp. 225-283.

nómica, de la política fiscal, o bien impulsando la convergencia de las legislaciones nacionales de ciertos impuestos, cuestiones que no significan en modo alguno reconocer que en la actualidad la Comunidad pueda crear tributos propios para financiar su funcionamiento, pues —como veremos— este nivel de desarrollo no se verifica aún siquiera en el ámbito de la Unión Europea. A la sazón, el literal *a* del artículo 3 del AC, dice:

Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: a) La armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes [...].

Con base en lo dicho líneas atrás, a partir del derecho comunitario originario se infiere la posibilidad de la Comunidad para actuar en orden al manejo más expedito de la imposición indirecta. Aquél se refiere, entre otras cosas, al régimen de trato igual para productos nacionales e importados (principio de no discriminación), el arancel externo común o la unión aduanera, la prohibición de las exacciones de efecto equivalente que puedan afectar a productos provenientes de otros países en forma similar al arancel, la generalizada regla de la imposición en el destino y la prohibición de subsidios o devoluciones injustificados por exportaciones.

Sustentos de la imposición directa no se encuentra en el derecho comunitario originario andino (Acuerdo de Cartagena) sino en el derivado, lo que explicaría la creación de un contexto para el desarrollo de las disposiciones que tienen que ver con la imposición indirecta en sede nacional diferente del que existe a los mismos efectos en relación con la imposición directa. La última ha de procurar la libre circulación de personas y de capitales, sentar bases para definir el país que según su criterio de atribución de potestad tributaria tiene la facultad de recaudar el tributo de manera que se descarte la doble imposición internacional, eliminar las diferencias en materia de incentivos tributarios que puedan generar distorsiones para la economía regional y, por supuesto, impedir las prácticas intracomunitarias de evasión fiscal y establecer políticas y estrategias comunes para lograr lo propio en relación con terceros estados.⁷⁸

En torno a los impuestos directos, la dificultad para contar con un esquema de imposición armonizado en la CAN va de la mano de una serie de importantes cuestiones, entre ellas, la consideración de la soberanía fiscal como un reducto y baluarte estatal, las diferentes necesidades financieras de los Estados, los disímiles planes de gasto en el ámbito estatal, las diversas capacidades contributivas de los ciudadanos de los países miembros, los múltiples niveles de ingresos de los trabajadores, los variados sistemas tributarios.

La adopción de normativa comunitaria encaminada a la armonización de legislaciones nacionales tiene como su máxima garantía y expresión el accionar de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que por virtud del AC está facultada para emitir *decisiones* (artículo 21), esto es, normas de derecho comunitario derivado que gozan

⁷⁸ Plazas Vega, o. cit., p. 437.

de primacía frente al derecho nacional, aplicabilidad directa e inmediata y efecto directo. Por ello, lo más aconsejable es que por la vía de decisiones de la Comisión se adopten fórmulas idóneas encaminadas a lograr la armonización tributaria de los impuestos indirectos en la CAN, tal cual ha ocurrido, por ejemplo, con la decisión 351 sobre el Régimen Común de Derecho de Autor y Derechos Conexos,⁷⁹ o la decisión 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial.⁸⁰

El artículo 13 de la decisión 330 de la Comisión del AC del año 1992, que se ocupa de la prohibición de incentivos tributarios para las exportaciones andinas, entre otras cosas dice:

A los efectos de la presente decisión, se entenderán como impuestos directos los impuestos sobre la renta o sobre el patrimonio, tales como los salarios, beneficios, intereses, cánones o regalías y todas las formas de ingresos, y los impuestos sobre la propiedad de bienes inmuebles [...] se entenderán como impuestos indirectos, los impuestos sobre las ventas o sobre el consumo, tales como a las ventas, al valor agregado y los demás impuestos distintos de los impuestos directos [...].

A la hora de intentar una clasificación de las medidas armonizadoras en el marco de un proceso de integración del tipo comunitario, resulta positivo hacerlo tomando en cuenta el fin que se pretende en cada caso, por ejemplo: libre circulación de bienes y servicios; libertad de establecimiento; libre circulación de los capitales... Es decir, la producción de las medidas está sujeta a los objetivos que privilegie la Comunidad en orden a consolidar lo que en la literatura de la integración económica se ha denominado *los cuatro libertadores* (bienes, servicios, capitales y personas), sin que puedan negarse entonces las imbricaciones entre las medidas armonizadoras y los fines que éstas persiguen.

Con sus bemoles y ventajas, los intentos relacionados con la armonización de políticas y acercamiento de las legislaciones han sido incubados en el seno de varios procesos de integración económica y liberalización de mercados, por ejemplo, en la Unión Europea (en diversas etapas), en la Comunidad Andina, en el Mercado Común de Centroamérica, en la Comunidad del Caribe (Caricom) y en el Mercado Común del Sur (Mercosur).⁸¹ Precisamente sobre el Mercosur, Juan Benítez sostiene:

Por su contenido [el AEC] es un elemento fundamental de la política económica de la región ya que implica una toma de posición en lo que concierne a un régimen de

⁷⁹ <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D351.htm>>.

⁸⁰ <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm>>.

⁸¹ Para una explicación pormenorizada sobre los primeros avances y dificultades en la armonización de políticas y en la convergencia de legislaciones en el marco de estos procesos de integración y de liberalización económica, sugerimos revisar Hugo González Cano, *Armonización tributaria del Mercosur. Ensayos sobre los aspectos tributarios en el proceso de integración*, Asociación Mutual Federal de Empleados de la Dirección General Impositiva, Ediciones Académicas, Buenos Aires, 1996, pp. 185-218. Para el caso europeo, véase Roccatagliata, o. cit., pp. 247-278; Ramón Falcón y Tella, "El derecho fiscal europeo", Teodoro Cordón Ezquerro (dir.), en *Manual de fiscalidad internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001, pp. 633-640.

libre cambio o de proteccionismo en relación con el comercio con terceros países. Por lo tanto es una de las cuestiones en que es imprescindible la aprobación de los respectivos Poderes Legislativos.⁸²

De ello inferimos que, sin perjuicio de que los Estados han consentido integrarse y adoptar normas que para el efecto son necesarias, en el tratado fundacional del Mercosur y normas derivadas existe el cuidado de no lesionar las potestades de creación tributaria, respetando prerrogativas tradicionales de los Parlamentos nacionales de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En el caso andino está claro que la decisión de la CAN que aprueba la fijación del AEC (decisión 370, del 26 de noviembre de 1994)⁸³ —que es de derecho comunitario derivado obligatorio para los países miembros— afecta, por ejemplo, disposiciones y principios establecidos en la Constitución ecuatoriana, verbigracia, al artículo 147.

Lo explicado supone, entre varias consecuencias, una alteración del régimen de los tributos aduaneros, especialmente respecto a la tarifa exterior común, pues en el Ecuador ya no será posible ejercer el poder tributario desde el Ejecutivo, sin cuidar la eventualidad de ser objeto de responsabilidad frente a la Comunidad y al resto de los Estados miembros cuando dicho ejercicio vaya en contra o más allá de las previsiones comunitarias. Como señala el mismo Benítez, es el efecto más revolucionario en el corto y mediano plazo, desde el punto de vista presupuestario, al perderse la potestad normativa sobre las aduanas.⁸⁴ Acerca de la materia el Parlamento Europeo en el año 1969 expresó:

No puede existir ni verdadera unión económica, ni supresión de controles en las fronteras intracomunitarias, ni auténtico Mercado Común financiero, ni moneda común, ni política común de la energía y de los transportes, sin que se adopten medidas de armonización fiscal en los sectores fundamentales de los mercados económicos y financieros.⁸⁵

En la literatura especializada encontramos variadas posiciones que tratan de definir el proceso comunitario de creación de disposiciones orientadas a facilitar la consolidación del mercado único y que se relacionan con la tributación. En muchas ocasiones se habla indistintamente de *armonizar*, *acercar*, *unificar* las legislaciones, como si fuesen sinónimos, cuando en sentido estricto no lo son. La *unificación* supondría sustituir directamente, por medio de normas de derecho comunitario derivado, las leyes nacionales sobre determinado tributo —lo que implica un nivel considerable de profundización del proceso de integración—, mientras que el *acercamiento* de las legislaciones se daría mediando un acto normativo comunitario dirigido hacia

⁸² Juan Alberto Benítez Gómez, *Problemas tributarios que plantea el Mercosur*, Universidad de la República, Montevideo, 1993, p. 68.

⁸³ Para una ampliación del tema véase <<http://www.comunidadandina.org/union/arancel.htm>>.

⁸⁴ Benítez Gómez, o. cit., p. 73.

⁸⁵ *Boletín Oficial de las Comunidades Europeas*, n° C97, 28.7.1969.

los Estados, para que éstos, no necesariamente de la misma forma y en los mismos tiempos, consigan el fin que persigue la disposición dictada por la Comunidad.

Parafraseando a Ramón Falcón y Tella, la armonización se puede entender, en sentido amplio, como el conjunto de normas o medidas que inciden en el sistema tributario de dos o más Estados con la finalidad de evitar distorsiones de origen fiscal en la formación de los precios o en la libre circulación de bienes, servicios, capitales o personas. La armonización de primer grado se da por medio de normas jurídicas emanadas de una instancia supranacional con competencia para ello. La armonización de segundo grado se dará con la actuación de un tribunal comunitario (por ejemplo, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena), por medio de sus decisiones jurisprudenciales o interpretativas supranacionales. Existe un tercer camino para armonizar: se trata de la armonización o convergencia espontánea, que se da por la actuación unilateral de los Estados. Los dos primeros tipos de armonización se conocen como *armonización política*, mientras el último se conoce como *armonización por el mercado*. Usualmente, el término *armonización* en sentido estricto se reserva para la armonización jurídica operada por medio de instrumentos supranacionales.

Para tener un mejor diagnóstico del asunto en la Comunidad Andina seguiremos a Germán Pardo Carrero, quien ha presentado un inventario de las principales disposiciones de derecho comunitario derivado con contenido fiscal:

–*Decisión 330 de la Comisión, del 22 de octubre de 1992, sobre Eliminación de Subsidios y Armonización de Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales*. Entre otras cosas, refiere tanto a los impuestos directos como a los indirectos. Proscribe los incentivos de tipo tributario que puedan afectar la neutralidad en las relaciones comerciales andinas, como lo amerita la conformación de la zona de libre comercio. Entre los incentivos tributarios, tenemos los del artículo 12, que califica como subsidios a la exportación de naturaleza tributaria, entre otros, los siguientes:

La exención, devolución o aplazamiento total o parcial de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social, que paguen o deban pagar las personas naturales o jurídicas, en tanto dichas ventajas se concedan específicamente en función de las exportaciones;

La concesión, para el cálculo de la base sobre la cual se aplican los impuestos directos, de deducciones especiales directamente relacionadas con las exportaciones o los resultados obtenidos en la exportación, superiores a las concedidas respecto de la producción destinada al mercado doméstico;

La exención, devolución o aplazamiento total o parcial de los impuestos directos sobre la producción y distribución de productos exportados, incluidos los impuestos indirectos sobre los insumos, por una cuantía que exceda a los impuestos percibidos sobre la producción y distribución de productos similares cuando se venden en el mercado doméstico.

Por su parte, el artículo 14 establece que los países miembros no aplicarán mecanismos que constituyan subsidios de naturaleza tributaria para las exportaciones intrasubregionales. El artículo 15 compromete a la Comisión con la expedición de un régimen comunitario armonizado de los mecanismos de exención, devolución o apla-

zamiento de los impuestos indirectos que afecten los productos destinados a las exportaciones intrasubregionales.

–*Decisión 388 de la Comisión, del 2 de julio de 1996, sobre Armonización de los Impuestos Indirectos como Incentivos a las Exportaciones de Bienes.* Trata del régimen de devoluciones de saldos a favor, sin conformar una normativa completa sobre el tema, y reitera el principio de país de destino que ha de informar a los regímenes nacionales para lo relativo a las operaciones internacionales. Dicho principio se acoge en los siguientes términos:

Los impuestos indirectos que afectan la venta o el consumo de bienes se registrarán por el principio de país de destino. En tal sentido, el tributo se causará en el país en que se consume el bien, independientemente de su procedencia nacional o importada.

El artículo 2 preceptúa que las operaciones de exportación de bienes de los países miembros no estarán afectadas con el pago de impuestos indirectos. El artículo 3 impone a los Estados miembros la obligación de devolver a sus exportadores los impuestos indirectos soportados con motivo de las compras de bienes y utilizaciones de servicios, en particular en lo que atañe a los impuestos de cada país andino mencionado en el anexo 1 de la decisión. Los artículos 5 y 6 tratan sobre la recuperación de impuestos repercutidos a los exportadores por la vía de la devolución o la compensación y el sistema de control posterior, y no previo, para facilitar la efectiva exoneración de los productos exportados. El artículo 7 dispone la obligación de los países miembros de informar a la Secretaría General cada vez que creen o modifiquen impuestos indirectos y de dar cuenta de las acciones emprendidas para cumplir lo previsto en la decisión.⁸⁶

Como una muestra del empeño de los estados de la CAN en profundizar el proceso, aludiremos el informe final de consultoría presentado por Luis A. Arias Minaya y Mauricio A. Plazas Vega a la Secretaría General de la Comunidad, sobre *La armonización tributaria de los impuestos indirectos en los países de la Comunidad Andina*, el 17 de mayo de 2002. El documento constituye un estudio pormenorizado, didáctico y realista del tema, comprende el impuesto al valor agregado (IVA) y el impuesto selectivo al consumo (ISC). Aborda desde la teoría y la práctica, con sentido objetivo, lo relacionado con la imposición indirecta en nuestros países: así los aspectos generales del IVA, los aspectos específicos, los administrativos, las modalidades del impuesto selectivo al consumo. Emite importantes recomendaciones para la armonización de los impuestos indirectos en los países de la CAN. Finalmente, propone los proyectos de decisiones andinas de armonización tributaria en materia de impuestos indirectos. Constan también datos interesantes, entre ellos: los niveles de eficiencia de las administra-

⁸⁶ Germán Pardo Carrero, “La armonización tributaria en los procesos de integración”, documento de trabajo del Seminario de Derecho Fiscal Internacional, llevado a cabo en Quito entre el 19 de mayo y el 20 de junio de 2003, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2003, pp. 14-15.

ciones tributarias, los niveles de evasión, los niveles de recaudación en orden a la imposición indirecta frente a los ingresos petroleros, el impacto fiscal positivo de las principales recomendaciones del IVA en todos los países.

Creemos provechoso el hecho de que las recomendaciones hayan tomando en cuenta las ventajas o desventajas que acarrearían al momento de implementarse; además, es positivo que se hayan considerado cuatro criterios diferentes para orientarlas, a saber: 1) características comunes de los países miembros de la CAN; 2) criterio de eficiencia; 3) criterio de equidad; 4) criterio de simplicidad, atendiendo a razones de la administración del impuesto.

Respecto al IVA, en el ámbito europeo, el conocido Informe Neumark aconsejó la adopción del sistema de IVA como el más conveniente para el mercado común; se basó en los resultados de estudios para seleccionar un sistema que aunara las condiciones siguientes: 1) máxima neutralidad en cuanto a la competencia; 2) tendencia a facilitar la subsiguiente eliminación de barreras tributarias fronterizas; 3) garantías de alto rendimiento en recaudaciones tributarias; 4) prestarse a aplicaciones eficaces y prácticas en todos los Estados miembros, en cuanto a métodos de recaudación. En resumen, la razones para aplicar el IVA serían: importantes ingresos fiscales, neutralidad y eficiencia.

Seguidamente de forma sumaria revisaremos las recomendaciones que han hecho los consultores Arias y Plazas:

–*De la variante del IVA, recomendación 1.1.* Se deben gravar los bienes de capital asumiendo el método del crédito fiscal con devolución oportuna, sea mediante crédito fiscal con devolución, crédito fiscal sin devolución, o crédito fiscal utilizable en proporción a las reglas de depreciación del activo fijo.

–*Del principio del IVA, recomendación 1.2.* El IVA debe aplicarse según el principio de destino.

–*Recomendación 1.2a.* Es necesario evaluar la aplicación futura del régimen de IVA en suspenso, que será objetivo para la concreción del mercado único.

–*Del método de cálculo del IVA, recomendación 1.3.* Se debe utilizar como método de cálculo del impuesto el método del crédito fiscal.

–*Del número de tarifas del IVA, recomendación 1.4.* Es saludable que el sistema tributario adopte una tarifa única de IVA, sin descartar la posibilidad de adoptar alguna alternativa de tarifa menor para productos de consumo masivo y popular.

–*De la modalidad y alcance de las exoneraciones del IVA, recomendación 1.5.* Los países miembros se comprometerán a llevar a cabo ajustes a sus sistemas de exoneraciones vigentes. Esta recomendación se relaciona con la 2.5, que trata de la tarifa cero del IVA. Atención especial merecerá el caso de las zonas de *duty free* debido a sus implicaciones en el comercio, concretamente respecto al régimen de competencia transparente en los mercados. También hay que considerar los posibles efectos respecto al empleo.

–*De la tarifa del IVA, recomendación 1.6.* Los países miembros deberán adecuar sus tarifas, las cuales no deberán ser inferiores a 14% ni superiores al 18%.

–*De las zonas de inmunidad fiscal, recomendación 2.1.* Las zonas de inmunidad fiscal deben existir sólo de manera limitada. Los incentivos tributarios en esas zonas no deben comprender exoneraciones del IVA ni de los impuestos selectivos para los bienes que salen o ingresan a dichas zonas.

–*Recomendaciones 2.2 y 2.2a.* La delimitación del papel de las zonas francas es correcta: promoción de exportaciones. Este tema involucra también a otros tributos y además, a obligaciones del Estado ecuatoriano en el marco de la OMC, cuestión que tendrá que ser analizada por separado.

–*Del crédito fiscal, recomendación 2.3.* Sería saludable para los agentes económicos que el sistema del IVA adoptara el descuento inmediato del crédito fiscal.

–*De los saldos a favor de los exportadores, recomendación 2.4.* Acerca de mejorar la gestión de las devoluciones de saldos a favor de los exportadores es necesario que ellas se realicen sin restricciones ni límites. El plazo sugerido es viable (antes del 31 de diciembre de 2005); solamente implicará ajustes operativos de las áreas pertinentes de la administración tributaria.

–*De la tarifa cero, recomendación 2.5.* El régimen de tarifa cero, y por consiguiente las devoluciones de los saldos a favor, se aplicará sólo a las exportaciones.

–*Del régimen del IVA en el transporte, recomendación 3.1.* El transporte internacional de carga debe estar gravado con tarifa 0%, mientras que el transporte internacional de pasajeros debe estar gravado con la tarifa general del IVA. El transporte internacional de pasajeros debe gravarse por el país en donde se inicie el itinerario.

–*Del régimen del IVA para los bienes de capital, recomendación 3.2.* El trato de los bienes de capital debe aproximarse a un IVA tipo consumo, en el que esos bienes están excluidos del campo de aplicación del impuesto. En tanto los bienes de capital estén gravados, debe procurarse un régimen ágil de recuperación del impuesto pagado para adquirirlos.

–*Del régimen del IVA para las exportaciones de servicios, recomendación 3.3.* Debe mejorarse la legislación sobre exportación de servicios, definiéndola desde los siguientes criterios: a) que el servicio sea utilizado exclusivamente en el exterior; b) que las personas o empresas que utilizan el servicio no tengan negocios o actividades en el país en donde se ubica quien presta el servicio. Sugieren evaluar la aprobación de una lista común de operaciones consideradas como exportaciones de servicios.

–*De los regímenes simplificados, recomendación 3.4.* Deben limitarse a contribuyentes de la última etapa de la cadena de comercialización (minoristas) y con ventas anuales que no excedan de quince veces el ingreso per cápita en cada país. Ese múltiplo debe ser objeto de armonización en todos los países.

–*De la declaración del IVA, recomendación 4.1.* La declaración del IVA debe ser mensual.

–*De los requisitos de las facturas, recomendación 4.2.* Debe existir un sistema de control de facturas con requisitos básicos para éstas y autorización previa de impresión.

–*De los plazos para las devoluciones, recomendación 4.3.* Los plazos legales y efectivos de devolución de impuestos a los exportadores deben reducirse a periodos que no excedan de sesenta días, sin perjuicio de la devolución inmediata en casos de solicitudes de devolución con carta fianza.

–*De los sistemas de retenciones del IVA, recomendación 4.4.* Las administraciones tributarias deben implementar sistemas masivos de retenciones de impuestos con la finalidad de mejorar la recaudación del IVA.

–*De los bienes afectos a los impuestos selectivos, recomendación 1.1.* El ISC debe aplicarse a un reducido número de bienes, clasificados en los grupos siguientes: a) cervezas; b) vinos; c) licores y bebidas alcohólicas; d) productos derivados del tabaco; e) gasolina para consumo de automóviles; f) otros derivados del petróleo; g) automóviles; h) juegos de azar.

–*Del nacimiento de la obligación, recomendación 1.2.* La obligación del impuesto debe nacer cuando el producto abandona la fábrica, en el caso de productos nacionales, o la aduana, en el caso de los importados.

–*De la modalidad del impuesto, recomendación 1.3.* La modalidad que se debe usar predominantemente es la tasa (tarifa) específica por unidad reajustada periódicamente por el índice de inflación. Pero si el bien es predominantemente de origen importado puede resultar conveniente aplicar tasas *ad valorem* tanto a los bienes importados como a los bienes nacionales.

–*Sobre la recomendación 1.4.* Las modalidades recomendadas por producto son:

- a. Cerveza: monto fijo/litro (teniendo en cuenta grado alcohólico en comparación con los otros licores).
- b. Vinos: monto fijo/litro (teniendo en cuenta grado alcohólico en comparación con los otros licores).
- c. Licores y bebidas alcohólicas: monto fijo/litro (según rangos de grado alcohólico).
- d. Productos derivados del tabaco: monto fijo/unidad (con diferenciación según calidad: negros y rubios).
- e. Gasolina para consumo de automóviles y otros derivados del petróleo: monto fijo/galón (en relación directa a la contaminación y, en el caso de las gasolinas, en relación inversa al octanaje).
- f. Automóviles: tasa *ad valorem*.
- g. Juegos de azar: monto fijo por unidad física (por ejemplo: máquinas, mesas).

–*De las tasas (tarifas), recomendación 1.5.* Se deben aplicar de manera uniforme a los productos nacionales y a los productos importados. En el caso de estos últimos, la base gravable debe estar conformada exclusivamente sobre el valor CIF más el arancel.

–*Recomendación 1.6.* El grado de dispersión de las tasas (tarifas) debe reducirse. Se recomiendan las siguientes cargas tributarias mínimas y máximas:

- a. Cerveza: 25%-30%
- b. Vinos: 30%-35%
- c. Licores y bebidas alcohólicas: 35%-40%
- d. Productos derivados del tabaco: 60%-70%
- e. Gasolinas para consumo de automóviles: 40%-60%
- f. Otros derivados del petróleo: 10%-30%
- g. Automóviles: 10%-30%

Estas cargas se refieren a tasas (tarifas) *ad valorem* sobre el valor de venta al consumidor final (precio de venta excluyendo impuestos). En los casos que se apliquen tasas específicas, estos límites se aplican a las tasas (tarifas) *ad valorem* implícitas.

De aceptarse en el contexto de la Comunidad Andina y en cada uno de los Estados miembros las recomendaciones del estudio sobre la armonización del IVA y del ISC que hemos revisado, se evidenciaría, en el buen sentido de los términos, “una clara intromisión” —consentida, por lo demás— de la Comunidad en aspectos de la imposición indirecta que se mantienen aún bajo control del Estado por medio de su poder tributario. He allí otra muestra de las posibles afectaciones del derecho comunitario a las potestades del Poder Legislativo nacional.

Respecto a la imposición directa en el ámbito supranacional andino, cabe referir la decisión 40 de la Comisión (1971), sobre “Aprobación del Convenio para evitar la doble tributación entre los países miembros y del Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los países miembros y otros Estados ajenos a la subregión”. Se podría decir que el mayor avance en orden a lograr un acercamiento de las legislaciones nacionales —lejano por supuesto a la armonización tributaria— ha girado en torno a la doble imposición internacional. El Convenio entre los Estados miembros y el Convenio Tipo defienden a ultranza el criterio de la fuente o territorial para someter a gravamen las rentas producidas en cada uno de los territorios de los países miembros. En los últimos años la decisión 40 ha sido muy cuestionada por el poco sentido práctico que ha demostrado en más de treinta años de existencia; además, los Estados no han sabido hacerla respetar a la hora de negociar y suscribir tratados bilaterales de no doble imposición con países desarrollados, lo que les ha hecho someterse la mayoría de las veces a los lineamientos del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que exhibe el criterio de la residencia compatible con el cuidado de sus intereses. En la actualidad, la decisión 40 está siendo sometida a un proceso integral de revisión, para ponerla con un sentido realista, a tono con nuestros tiempos.

Son también importantes para la armonización de la normativa de la imposición directa —y también indirecta— las legislaciones tributarias nacionales, las referidas a los principios de la tributación, a aspectos formales y materiales de los tributos (códigos tributarios), y aquellas que desarrollan las regulaciones específicas de los tributos sobre la renta, al patrimonio, a los consumos, al comercio exterior, y los seccionales. Para ello colaboró en alto grado el trabajo de los valiosos profesores

latinoamericanos Carlos Giuliani Fonrouge, Rubens Gomes de Sousa y Ramón Valdés Costa, quienes elaboraron un Modelo de Código Tributario para América Latina. Todos los países de la CAN, salvo Colombia, han adoptado un código tributario a manera de ley general que define el marco para la creación de otra normativa que se encarga de los distintos tributos de incidencia nacional o de aquellos creados por las entidades menores al Estado —verbigracia, municipios, consejos provinciales—. Merecen mención aparte las Constituciones de los países miembros de la CAN, las cuales en su mayoría contienen apreciables disposiciones que refieren algunos de los principios de la tributación orientados a iluminar la forma y el alcance del sistema tributario de cada país.

De todo lo visto, diremos que en la Comunidad Andina se ha recurrido a la armonización en sentido estricto o de primer grado, por medio de decisiones emanadas de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que tratan mayormente de la imposición indirecta. Mucho menos se ha trabajado en orden a acercar o armonizar los sistemas tributarios directos.

Creemos que en el ámbito andino ahora está vedado referirse a un concepto de *fiscalidad o tributación comunitaria andina*; en cambio, sí se puede hablar de un mero conjunto de disposiciones de derecho comunitario originario y derivado de contenido fiscal, que afecta la composición y el desarrollo de las fiscalidades de los países miembros para alcanzar los objetivos del acuerdo fundacional. Aquel concepto evoca la existencia de un ordenamiento jurídico tributario propio de la Comunidad, de allí que Mauricio Plazas Vega⁸⁷ plantea que existe un derecho tributario comunitario en el cual:

[...] en lo atinente a las materias propias de la integración, el ejercicio del poder tributario ya no residiría en el Estado, como ente legitimado por el pueblo soberano, ni la supremacía fiscal tendría como titular al Parlamento nacional, sino que correspondería a un ente comunitario supranacional entre cuyos órganos se definiría la radicación de la facultad de establecer tributos. Por así decirlo, se indaga si es posible afirmar que conjuntamente con el poder y la supremacía tributaria, en el orden interno, cabe reconocer la existencia de otro poder y otra supremacía, de alcance supranacional. A lo cual es del caso agregar la prevalencia de las normas comunitarias sobre el derecho interno, en relación con ordenamientos pretéritos, actuales y futuros.⁸⁸

Parafraseando al mismo autor, el pueblo soberano decide que el poder tributario resida en el Estado y que lo ejerza el Ejecutivo y el Parlamento como titulares de poder tributario originario, pero este poder también puede residir en entes subnacio-

⁸⁷ Mauricio Plazas Vega, *Derecho tributario comunitario. La armonización tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Legis, Bogotá, 2001, p. 75.

⁸⁸ Mauricio Plazas Vega (ibídem, p. 75) concibe al derecho tributario comunitario como comprensivo de las disposiciones que corresponden al derecho comunitario originario o derivado, además de las del derecho interno que hayan de expedirse para la transposición de las disposiciones comunitarias o para dar cumplimiento a los compromisos de tipo supranacional que asuman los Estados miembros en el sentido de arribar a un resultado exigido en el orden interno.

nales (artículo 228 de la CPE)⁸⁹ o en comunidades supranacionales y ser ejercido por un Parlamento supraestatal elegido por los ciudadanos de la región o subregión de que se trate. Los entes comunitarios no son titulares de soberanía, pero pueden serlo de poder tributario, siempre y cuando esta última atribución esté sujeta de manera insalvable al principio *nullum tributum sine lege*, de forma tal que se coarte la posibilidad de que burócratas comunitarios establezcan tributos sin mediar el voto de los representantes del pueblo de la región o subregión.⁹⁰

Ante tal escenario, diremos que es hora de pensar en redefinir los alcances del poder financiero y tributario del Estado, porque se verán altamente influidos por el acatamiento de los principios básicos del derecho de la Comunidad. Sin duda, el poder de imposición de los Estados miembros queda orientado, modulado o limitado, al servicio de una política común que se inspira en principios, fines e ideales que, aunque tolerados desde la Constitución nacional, no tienen sustento en cuestiones concretas.

Somos de la opinión de que Ecuador debe aceptar sin dificultades la aplicación *erga omnes* del derecho comunitario derivado de la CAN, en materias previstas por el Acuerdo de Cartagena, las cuales, aunque aparentan ser de carácter exclusivamente estatal, suponen una cuestión supranacional y de interés común para los participantes en el proyecto de integración.

Lo que aquí se ha planteado es más complejo de lo que parece, ya que la voluntad política para avanzar en el proceso de integración andina puede enfrentar muchos escollos por el deseo de los Estados de tutelar los intereses y peculiaridades de sus sistemas tributarios; por ello, no ha de sorprendernos si el proceso de armonización de la fiscalidad en la CAN viene entorpecido por recaídas y desilusiones, lo que puede llevar a los Estados miembros a sentir la compleja realidad y la necesidad de redimensionar los objetivos trazados⁹¹ y, por qué no, de considerar a tal efecto aspectos puntuales como: 1) un replanteamiento de las normas constitucionales referidas a la integración económica en general y a la materia impositiva en particular; 2) la reconducción del enfoque de los derechos fundamentales de la persona humana relacionándolos con la ciencia de la tributación, el ámbito y alcance de las potestades tributarias estatales y de los entes subnacionales; 3) la limitación del principio de reserva de ley en materia tributaria.

No hay que olvidar que el acercamiento o la convergencia de las legislaciones tributarias, especialmente en lo que se refiere a la imposición directa, puede acarrear algunas dificultades, entre ellas, la creación de competencia fiscal insana entre los

⁸⁹ Esta disposición en el segundo inciso dice: “Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y, en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras”.

⁹⁰ Plazas Vega, *Derecho tributario...*, o. cit., p. 76.

⁹¹ Véase en este sentido, sobre el caso europeo la autorizada opinión de Joachim Lang (o. cit., p. 767). Véase también, Gabriel Casado Ollero, “Ordenamiento comunitario y ordenamiento tributario interno”, en *Tratado de derecho tributario*, t. I, Temis, Bogotá, 2001, pp. 822 ss.

países, lo que eventualmente ocasionaría a su vez, por ejemplo, la desgravación del capital y por lo tanto la necesidad de incrementar la imposición sobre las rentas del trabajo, impediría el uso de los sistemas tributarios para el logro de objetivos públicos y sociales y de cuidado del ambiente, incentivaría la deslocalización de las rentas, de las inversiones y la movilidad de los agentes de la economía.

Finalmente, insistimos en que una atenuación de estos intrincados problemas podría encontrarse con una clarificación constitucional acerca de los límites materiales y sustantivos para el accionar de la Comunidad en general y particularmente en el ámbito tributario, para lo cual a corto plazo se deberá propender a una reforma de la Carta Política que compatibilice la existencia de un mercado expedito de nivel subregional, con los principios fundamentales de las personas, la participación de los pueblos en la toma de las decisiones, la organización político-administrativa estatal y las competencias de los poderes públicos.

Bibliografía

- ALÁEZ CORRAL, Benito, “Soberanía constitucional e integración europea”, en *Fundamentos*, n° 1, 1998.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1999.
- BENÍTEZ, Juan, *Problemas tributarios que plantea el Mercosur*, Universidad de la República, Montevideo, 1993.
- Boletín Oficial de las Comunidades Europeas*, n° C97, 28/7/69.
- BORJA Y BORJA, Ramiro, *Derecho constitucional ecuatoriano*, t. II, Universidad Central del Ecuador, Quito, 1979.
- BROTÓNS, Antonio Remiro, et al., *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- BUENO MARTÍNEZ, Patricio, “El derecho comunitario en el Pacto Andino: caso ecuatoriano”, en *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Tribunal de Justicia/Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1997.
- CASADO OLLERO, Gabriel, “Ordenamiento comunitario y ordenamiento tributario interno”, en *Tratado de derecho tributario*, t. I, Temis, Bogotá, 2001.
- CENTRO ESPAÑOL DE RELACIONES INTERNACIONALES, *Breve diccionario del Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993.
- DI GIOVANNI BATISTA, Iliana, *Derecho internacional económico y relaciones económicas internacionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1996.
- FARÍA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, *Mesa redonda sobre “La integración de América Latina y la cuestión constitucional”*,

- Informe de la Secretaría General*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1967.
- KELSEN, Hans, *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, trad. Nicolás de Piérola, Cultural Cuzco, Lima, 1996.
- *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 4ª ed., 1ª reimp., 2000.
- LANG, Joachim, “Los presupuestos constitucionales de la armonización del derecho tributario en Europa”, trad. César García Novoa, en *Tratado de derecho tributario*, t. I, Bogotá, Temis, 2001.
- LARREA HOLGUÍN, Juan, “Supremacía de la Constitución y tratados internacionales”, en *FORO*, n° 1, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador-Corporación Editora Nacional, Quito, 2003.
- MALDONADO LIRA, Héctor, *30 años de integración andina*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 1999.
- MANGAS MARTÍN, Araceli, y Diego LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 2ª ed., 1999.
- *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2002.
- MOLESTINA ZAVALA, Oswaldo, “La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria”, XXI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Tegucigalpa, 26 de noviembre al 2 de diciembre de 2000.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho de los tratados*, Leyer, Bogotá, 2ª ed., 1995.
- MONTAÑO GALARZA, César, “Constitución y derecho de la integración en la Comunidad Andina”, inédito, Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 2001.
- PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Derecho de la integración económica*, Porrúa, México, 1998.
- PARDO CARRERO, Germán, “La armonización tributaria en los procesos de integración”, documento de trabajo, Seminario de Derecho Fiscal Internacional, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 19 de mayo al 20 de junio de 2003.
- PLAZAS VEGA, Mauricio, *Derecho tributario comunitario. La armonización tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Legis, Bogotá, 2001.
- PÉREZ TREMP, Pablo, “La Constitución española antes y después de Niza”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 13, mayo-agosto 2001.
- PICO MANTILLA, Galo, *Derecho andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992.
- PIZZOLO, Calogero, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- PONCE DE LEÓN, Eugenia, *Temas de derecho comunitario ambiental andino*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

- RADZYMINSKI, Alejandro, “Sociedades multinacionales y procesos de integración económica”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 21, n^{os} 121-126, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *Derecho comunitario andino*, Temis, Bogotá, 2^a ed., 1990.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, et al., *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 2^a ed., 1999.
- SECRETARÍA GENERAL DEL PARLAMENTO ANDINO, *Parlamento Andino. Instrumentos básicos*, Bogotá, 2001.
- SUÁREZ MEJÍAS, José Luis, “La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n^o 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999.
- TRUJILLO, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 1994.
- VARIOS AUTORES, *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Tribunal Andino de Justicia-Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1997.

Normativa jurídica

- Constitución Política de la República del Ecuador, Gaceta Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente, Quito 1998.
- Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, ley 46, RO 219 de 19 de diciembre de 1997.
- Constitución Política del Ecuador de 1978 Codificada en 1997, ley s/n, RO 2 del 13 de febrero de 1997.
- Constitución Política del Ecuador de 1967, decreto legislativo n^o 000, RO 133 del 25 de mayo de 1967.
- Constitución Política del Ecuador de 1946, decreto legislativo n^o 000, RO 773 del 31 de diciembre de 1945.
- Decisiones de la Comunidad Andina.

Pronunciamientos judiciales

- Dictamen de Incumplimiento de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, RSA 171, RO 201 de 31 de mayo de 1999.
- Boletín Oficial de las Comunidades Europeas*, n^o C97, 28/7/69.
- Proceso 3-AI-98 Acción de Incumplimiento, sentencia de 11 de febrero de 1999.
- Sentencia, caso *Costa c. ENEL*, 15 de julio de 1964, asunto 6/64.