

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Ecuador) *

¿Prevalecen los tratados internacionales sobre la Constitución? Propuesta de una doctrina no extremista

Desde 1998, a raíz de la sanción de la nueva Constitución, ha comenzado a ganar fuerza una teoría que ubica jerárquicamente a los tratados por encima de la norma suprema ecuatoriana. Así, un juez que encontrara una norma constitucional contrapuesta a un tratado vigente en el Ecuador debería inaplicar la Constitución y declarar-la *inconstitucional*, por atentar contra el principio de jerarquía previsto en la misma Carta. Lo que comenzó siendo un argumento de pocos, hoy ha tomando cuerpo y adeptos. Hace falta, por tanto, revisar los aciertos e inconsistencias de la tesis.

Generalmente, en el derecho comparado esta antigua discusión se ha planteado en dos términos antagónicos: o bien se acepta el dualismo-superioridad de la Constitución, o bien uno se allana al monismo-primacía del tratado. En similares términos se está planteando la discusión en nuestro país. No se repara en que, por un lado, el dualismo excluye la posibilidad de una contradicción entre derecho interno y externo (no cabe aplicar el principio de jerarquía) y, por otro lado, que en el monismo el tratado puede irrumpir dentro del derecho interno no sólo por encima de la Constitución, sino también a la par (tratado de rango constitucional) o incluso por debajo.

* Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Hemisferios. Profesor de Derecho Constitucional. Autor de varios libros. <jcriofrio@coronelyperez.com>.

No considero que nuestra Constitución adopte una postura extrema. Antes de dar mi opinión, analizaré cómo se ha resuelto la cuestión en el derecho comparado; a continuación revisaré cuáles son las tesis ecuatorianas que apoyan la supremacía de la norma internacional, y cuáles son los argumentos en contra.

1. Jerarquía del tratado en el derecho comparado

Son poco usuales las constituciones que han reconocido su inferioridad frente a la norma internacional. A continuación cito algunas, a fin de mostrar la técnica legislativa que el constituyente ha usado para regularlas.

Para los partidarios de la supremacía del tratado ha resultado paradigmática la Constitución holandesa de 1953, que establecía tres cosas: a) que un tratado puede apartarse de los términos constitucionales, siempre que el poder legislativo lo apruebe de forma expresa y con una mayoría cualificada de dos tercios de los votos;¹ b) que “las normas legales vigentes en el Reino” no serán aplicables cuando su efectivización sea incompatible con lo dispuesto en los acuerdos internacionales que obligan a terceros “y que se hayan concertado, ora antes, ora después, de elaborarse dichas normas”;² y c) que “los jueces no podrán enjuiciar la constitucionalidad de los tratados”.³ La doctrina entendía que la superioridad de los tratados sobre “las normas legales vigentes” internas incluía la supremacía del tratado sobre la Constitución, y que al no estar facultados los jueces para realizar un control constitucional reparador, éstos podían en la práctica hacer prevalecer el tratado por sobre el derecho interno. La Constitución de Surinam de 1975 siguió estas directrices.

Años más tarde, la Constitución holandesa de 1983 cambió el texto de la disposición. Estableció que toda provisión de un tratado opuesta a la Constitución debe ser aprobada por las cámaras con una mayoría de, al menos, dos tercios⁴ y que las *regulaciones legales* internas en vigor no son aplicables si entran en colisión con las de un tratado.⁵ En doctrina se discute el alcance de las palabras *regulaciones legales*, si incluyen o no a la Constitución.⁶

Ciertas cartas no declaran que todos los tratados son superiores, sino únicamente los especificados en la norma fundamental. Por ejemplo, la Constitución irlandesa de 1921 anota que “dicha constitución estará subordinada a lo que disponga el Convenio celebrado con la Gran Bretaña e Irlanda, que figura como segundo anexo a la

¹ Cf. Constitución holandesa de 1953, artículo 63.

² Cf. Constitución holandesa de 1953, artículo 66.

³ Cf. Constitución holandesa de 1953, artículo 60, apartado 3.º.

⁴ Cf. Constitución holandesa de 1983, artículo 91.

⁵ Cf. Constitución holandesa de 1983, artículo 84.

⁶ Cf. Kortman y Alkema, en Antonio Cassese: “Modern Constitutions and International Law”, en *Recueils des Cours de l'Academie de Droit International*, Dordrecht, 1985, t. 192, III-411.

presente ley y que recibe por ello fuerza de ley. En caso de incompatibilidad de una disposición de la Constitución, de una enmienda a la Constitución o de una ley dictada para su ejecución, con una disposición del Convenio, serán nulas en la medida de esta incompatibilidad y sin ningún efecto”.

La Constitución de Chipre de 1960, por su lado, obliga al constituyente a respetar un tratado internacional específico. En concreto, el artículo 182 prohíbe reformar ciertas normas, derivadas del Acuerdo de Zúrich del año anterior.⁷ Darana Peláez ha calificado esta norma de “insólita”.⁸

En honor a la verdad, los casos de constituciones que reconocen su inferioridad frente a los tratados son más bien raros. Es más común ver, por el contrario, la equiparación de la norma internacional con la constitucional. Así, por ejemplo, en la Constitución peruana de 1979 todos los tratados relacionados con derechos humanos “tienen jerarquía constitucional”.⁹ No obstante, estos tratados bajaron de jerarquía en la Constitución de 1993, y ahora tienen una función referencial para la interpretación de los derechos fundamentales,¹⁰ tal como lo hacen la Constitución española de 1978 y la colombiana de 1991.¹¹

Más prudente fue la Constitución argentina de 2002, que dio jerarquía constitucional únicamente a una lista taxativa de pactos de derechos humanos bien detallada, no a todos los acuerdos internacionales *in genere*. Otros tratados en el futuro pueden llegar a tener rango constitucional, siempre y cuando el Congreso los apruebe con las dos terceras partes de los votos.¹²

⁷ El artículo 182.1 de la Constitución de Chipre, dispone: “Los artículos o partes de los artículos de la presente Constitución que, especificados en el anexo III, hayan sido incorporados del Acuerdo de Zurich de fecha de 11 de febrero de 1959, constituyen los artículos básicos y no podrán de ningún modo ser modificados por vía de enmienda adición ni derogación”. El Anexo III hace una lista de varias decenas de artículos.

⁸ La juzga insólita puesto que su comprensión es amplísima, y cubre supuestos que “en ningún otro país se juzgan merecedores de tan drástica protección jurídica”, lo que sólo se explica por el peculiar y delicado equilibrio religioso-social de la isla. (Mariano Darana Peláez: *Las constituciones europeas*, Madrid: Nacional, 1979, t. I, p. 652, nota 50.)

⁹ Cf. Constitución peruana de 1979, artículo 105.

¹⁰ Cf. Constitución peruana, disposición final cuarta.

¹¹ Bidart Campos sostiene que este principio interpretativo debe reputarse implícito en toda Constitución democrática que no lo enuncia explícitamente. Cf. German Bidart Campos: “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 1458. Por este principio al que adherimos, los derechos fundamentales se deben interpretar a la luz y en el sentido fijado por los tratados internacionales de derechos humanos.

¹² La Constitución argentina anota en el artículo 75, número 22, que corresponde al Congreso: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

”La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de

De lo anterior colegimos que: a) son escasísimos los reconocimientos expresos de inferioridad de la Constitución, y más comunes los casos de equiparación del tratado con la norma constitucional; b) en ambos casos (igualdad o supremacía) es normal requerir para la aprobación del tratado una votación similar a la prevista para la reforma constitucional; c) no se estila declarar la primacía o igualdad jerárquica de los tratados *in genere*, sino únicamente de algunos en específico; y d) los países de avanzada en el tema —Holanda y Perú— han dado pasos atrás y han moderado sus posturas.

2. Argumentos a favor de la supremacía de los tratados

Entre los seguidores más acérrimos de esta postura se encuentra Bidart Campos.¹³ En el Ecuador han sostenido tesis exactas a la del argentino, Ponce Villacís,¹⁴ Durango¹⁵ y Corral, quien ha afirmado que “la reforma de la Constituyente de 1998 implica un sustancial cambio en la posición de la CP frente a los tratados. Antes los

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

”Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Como se ve, la norma aclara que las declaraciones no derogan ningún artículo de la parte primera de la Constitución, frase que ha generado una discusión en la doctrina sobre justamente los alcances puntuales de tal jerarquía constitucional.

¹³ Cf. Bidart Campos: o. cit., pp. 1435-1488, en donde con fuertes palabras rehúye de todo asomo de dualismo: “[...] no digerimos fácilmente algunas pautas que en la jurisprudencia de tribunales constitucionales de Estados europeos han insistido en recalcar que el orden interno y el internacional (especialmente el comunitario) son dos ordenamientos distintos y autónomos, aunque coordinados. Hay acá resonancias de dualismo que, para nosotros, no tienen buen eco al despuntar el tercer milenio” (p. 1452).

¹⁴ Cf. Alejandro Ponce Villacís: “La Constitución y el derecho internacional”, en *Temas de derecho constitucional*, Quito: Ed. Legales, 2003, pp. 17-35.

¹⁵ Éste parece ser el criterio del doctor Rodrigo Durango, funcionario de la Procuraduría General del Estado, quien afirmó tajantemente que “sería una ignorancia sostener que el derecho interno prevalece sobre el derecho internacional, pues éste prevalece sobre el interno” (Cf. apuntes de la mesa redonda sobre *La experiencia ecuatoriana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, de 4 de febrero de 2003).

tratados se supeditaban claramente a la CP. Hoy, la CP debe subordinarse al derecho internacional, ya que incluso puede un tratado inducir jurídicamente a una reforma constitucional”.¹⁶

Los argumentos que se han dado, y que me permitiré sistematizar, son:

2.1. *Un argumento histórico*

El artículo 137 de la Carta de 1978 expresamente decía: “La Constitución es la Ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones, tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones”. El constituyente de 1998 reformó el artículo, manteniendo en el actual artículo 272 parte del antiguo texto. Hoy ya no se menciona a los “tratados o acuerdos internacionales” y no parece que esta omisión se haya debido a un descuido de la Asamblea Constituyente, sino, por el contrario, todo indica que se trata de una exclusión voluntaria y consciente.

¿Cuál fue la razón por la que el constituyente de 1998 excluyó en la norma los tratados internacionales? La respuesta la encuentran algunos en la intención del constituyente de ubicar los tratados por encima de la Constitución. Aún no ha llegado la hora de dar mi opinión, pero desde ya vale dejar apuntado que en contra de esta interpretación histórica se alza otra interpretación igualmente histórica. En el pasado ecuatoriano también hubo constituciones que hablaban del principio de jerarquía —incluso mucho antes de que Kelsen (1881-1973) naciera— y, aunque no establecían que los tratados se ubicaban bajo la Constitución, esto siempre se dio por supuesto. Así, nada menos que nuestra segunda Constitución republicana, la de 1835, en su artículo 112 dispuso que “se declaran en vigencia todas las leyes y decretos que rigen al presente, en cuanto no se opongan a la Constitución Política”. No se aludió a los tratados, como tampoco lo hace la Constitución de 1998, pero nunca se entendió que por ello estuvieran por encima de la norma suprema.

Por otro lado, si decimos que la omisión del artículo 272 implica la superioridad del tratado, idéntica *mentis* habría que aplicar al artículo 163 de la misma Constitución, donde se omite justamente lo contrario: la norma no ubica al tratado por encima de la Constitución...¹⁷ Luego, ¿estará por debajo? Entiendo que ambos argumentos se contrarrestan.

¹⁶ Fabián Corral: “Constitución y tratados”, en *El Comercio*, Quito, 24 de noviembre de 2005, p. A4.

¹⁷ El artículo 163 de la Constitución ecuatoriana estipula: “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

2.2. *No hay control constitucional reparador*

Ni el artículo 276 ni disposición alguna de la Constitución concede facultades al Tribunal Constitucional para suspender un tratado vigente. En este sentido ya se ha pronunciado el Tribunal dentro del caso *Base de Manta*, al declararse incompetente para establecer la inconstitucionalidad de un tratado.¹⁸ Corral y Ponce Villacís concluyen que, si el control constitucional institucional no puede atacar a los tratados, éstos están sobre la Constitución. A conclusiones análogas llega Bidart Campos en Argentina.¹⁹

No nos parece tan acertada la conclusión, por varias razones. Primero, porque de la ausencia de control constitucional no se deduce inmediatamente la supremacía del tratado por sobre la Constitución: también cabe la hipótesis de la igualdad de rango, o incluso de la inferioridad de la norma internacional, lo que históricamente ha sido lo más común. La República ha vivido largo tiempo sin el control constitucional institucional que hoy tenemos, y no por ello se cuestionó la supremacía de la Constitución por sobre el tratado. En definitiva, la ausencia de control no define la jerarquía de la norma.

En segundo lugar, si bien es verdad que el Tribunal Constitucional carece de facultades reparadoras para suspender un tratado internacional vigente que contravenga la norma suprema, sí está facultado para ejercer un control previo. Por el artículo 162, el Tribunal debe revisar la conformidad constitucional de un tratado antes de que éste lo apruebe el Congreso Nacional, y si el Tribunal dictamina su inconstitucionalidad, éste “no podrá aprobarse”, a menos que antes se reforme la Constitución. A diferencia de otros países, en el Ecuador no hay ausencia de control constitucional del tratado.

2.3. *El artículo 162 obliga a seguir al tratado*

La Constitución dispone que “la aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma” (artículo 162, inciso 3.º). La norma ha sido motivo de algunos comentarios.

¹⁸ Cf. resolución n.º 012-2001 del Tribunal Constitucional ecuatoriano, publicada en el *Registro Oficial* 260, de 6 de febrero de 2001.

¹⁹ En consonancia con los ecuatorianos, Bidart Campos manifiesta: “[...] es claro que, perfeccionando a los ordenamientos internos y acatando en ellos la primacía del derecho internacional, el control interno de constitucionalidad habría de quedar inhibido, una vez que el tratado ya ha ingresado en el derecho interno, pero hasta tanto el progreso de las valoraciones colectivas alcance esa etapa, juzgamos que es mejor evitar eventuales declaraciones futuras de inconstitucionalidad colocando al tratado bajo la lupa constitucional cuando todavía no ha sido ratificado, agregando —como algunos Estados europeos lo hicieron con Maastricht— una enmienda a la Constitución cuando se considera, ya verificado el control previo, que ésta requiere reformarse para adecuarse al derecho internacional” (o. cit., p. 1453).

Corral ha afirmado que, si hubiere oposición entre la Constitución y un tratado internacional, “el país queda obligado a adecuar la CP al instrumento internacional. Así lo dispone, aunque de forma eufemística, el tercer inciso del artículo 162 de la CP [...]”.²⁰ En este orden de ideas, debería entenderse que el constituyente, al escribir el artículo, lo que verdaderamente nos quiso decir mediante un circunloquio es que, en caso de oposición entre Constitución y tratado, lo válido y directamente aplicable sería el tratado (un tratado aún no vigente), lo que hace necesario reformar la norma suprema. Ponce Villacís acota que la norma citada “impone la reforma constitucional”, por lo que “determina que la norma de derecho internacional es suprema frente a la Constitución”.

Discrepo de la figura literaria que se pretende aplicar al artículo 162, como de la supuesta imposición u obligación. Para mí no hay eufemismo alguno, significado oculto o arcano en la norma; por el contrario, todo induce a creer que el artículo 162 adopta el clásico sistema de control institucional previo, automático, restringido e incondicionado, que en nuestro país ejerce sobre los tratados el Tribunal Constitucional.

Ya hemos señalado en qué consiste el control previo. Ahora puntualizamos que se trata de un control automático, utilizando la expresión de Naranjo Mesa,²¹ por cuanto opera de forma cuasimecánica: los tratados por suscribirse llegan al conocimiento del Tribunal Constitucional maquinalmente, no por decisión de persona alguna, sino por disposición de la ley. Es también un control incondicionado, pues no requiere de ningún examen *sub limine* para que comience el trámite, y restringido, porque el órgano incoador del proceso no es cualquier ciudadano.

Tampoco se puede decir que se “impone la reforma constitucional”. Por el contrario, lo que se impone es la Constitución: si ésta no se reforma, simplemente el tratado no es aprobado por inconstitucional y no entra a formar parte de nuestro ordenamiento.

En conclusión, no hay una ausencia de control constitucional institucional de las normas internacionales; por el contrario, el mismo artículo 162, inciso 3.º, establece un control previo. El artículo fija un principio de contralor de la constitucionalidad de los tratados.

²⁰ Corral: o. cit. En similar sentido, cf. Ponce Villacís: o. cit., p. 27.

²¹ Naranjo Mesa afirmaba que el artículo 241 de la Constitución colombiana contenía un control *automático* de constitucionalidad, por cuanto los decretos legislativos expedidos por el Gobierno en casos de estados de excepción deben ser remitidos la Corte Constitucional para que ella dictamine sobre su constitucionalidad. (Cf. Vladimiro Naranjo Mesa: *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 6.ª ed., Bogotá: Temis, 1995, pp. 272-274.)

2.4. El Convenio de Viena reforzó la superioridad del tratado

Los artículos 26 y 46 de la Convención no permiten que, en general, los Estados excusen su incumplimiento de un tratado aduciendo falta de conformidad del derecho interno. Luego, algunos rápidamente concluyen que el tratado está por ello encima de cualquier norma interna, incluida, por supuesto, la Constitución. Al respecto vale puntualizar:

a) El Convenio de Viena, también llamado *el Tratado de los tratados*, fue ratificado por el Ecuador en el año 2003, cinco años después de la publicación de nuestra Constitución.²² Luego, su jerarquía es la que determine la Constitución de 1998, y no la prevista en el mismo Convenio.

b) El mismo convenio contempla un caso en que el derecho interno está por sobre el tratado: cuando la norma nacional muestra *de forma manifiesta* la falta de *competencia* para la suscripción de un tratado, tal suscripción se tendrá por inválida.²³ Por ello, Oliver ha manifestado que la Convención importa una suerte de transacción entre las posturas monista y dualista,²⁴ doctrina que acoge Sagüés, para quien “es notorio pues que entre una tendencia cumplidora de los tratados, y otra evasora (so pretexto de su invalidez desde el punto de vista del derecho constitucional de un Estado), la Convención siguió una ruta intermedia [...]”²⁵

c) Los principios fundamentales del Convenio forman parte de los principios generales del derecho, y han sido reconocidos por la comunidad internacional desde antes de la aparición del Convenio de Viena, que data de 1969. Por ejemplo, en 1932 el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso del trato a los súbditos polacos en Dantzig, falló que “un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional o los tratados en vigor”.²⁶ Así, el Convenio no cambió el principio establecido desde antiguo en el derecho internacional.

Corral afirmaba que hasta 1998 los tratados se supeditaban a la Constitución, por así disponerlo la Carta de 1978. Ponce Villacís parece contradecirlo al sostener que los principios del Convenio de Viena son viejas normas consuetudinarias del derecho

²² La Convención de Viena es, según se dice, *el tratado de los tratados*. Fue aprobada y ratificada por el Ecuador mediante decreto ejecutivo n.º 619 publicado en el *Registro Oficial* n.º 134, de 28 de julio de 2003. El presidente ratificó la Convención sin que haya sido tratada por el Congreso Nacional, por considerar que, en virtud de lo previsto por el artículo 171, número 12, de la Constitución, bastaba la aprobación presidencial.

²³ Cf. Convención de Viena de 1969, artículo 46.

²⁴ Thomas Oliver Covey: “The Enforcement of Treaties by a Federal State”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, La Haya, 1976, t. 159, V-357 y 370.

²⁵ Néstor Sagüés: *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 399.

²⁶ Citado por Luis María Boffi Boggiero: “La llamada responsabilidad internacional por acto propio, o subjetiva”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá, 1978, p. 11.

internacional que desde inicios del siglo XX han otorgado a los tratados un rango superior al constitucional.²⁷ En cualquier caso, lo verdaderamente relevante del Convenio termina siendo el principio de *pacta sunt servanda* y el de *bona fide*, que pasamos a revisar.

2.5. Por el principio de *pacta sunt servanda* un tratado reforma la Constitución

Uno de los primeros principios generales del derecho dispone que quien suscribe un acuerdo debe cumplirlo. Otro principio añade que nadie puede alegar su propia falta, omisión o dolo, en su beneficio. Y un tercer principio dispone que las partes están obligadas a actuar de *buena fe*. Así, si un Estado suscribe un convenio contrario a su ordenamiento interno, por estos principios está obligado a adecuar su ordenamiento a lo acordado.

Obsérvese que el acuerdo se configura dentro de una relación jurídica de coordinación, en la que intervienen sujetos internacionales (los Estados), y que genera derechos y obligaciones para los Estados. Los monistas sostienen que ese mismo convenio internacional es a la vez, sin necesidad de ningún procedimiento interno, norma interna aplicable dentro de la nación: no hay, pues, dicotomía entre derecho externo y derecho interno, porque son lo mismo.

Un extremo monismo nos llevaría a concluir que ningún Estado podría incumplir los tratados, por cuanto al suscribirlos ya ha adecuado automáticamente, siempre y en todo caso, su normativa interna según lo acordado. Mas, por el contrario, la experiencia muestra que los Estados no siempre son buenos cumplidores. Por eso, la doctrina entiende que el tratado genera principalmente derechos y obligaciones *inter partes*, partes que son los Estados (hasta hace poco éstos eran los únicos sujetos posibles del derecho internacional); una de esas obligaciones es la de adecuar la normativa interna.²⁸ No obstante, algunos tratados prevén el efecto directo.

Pongamos otro ejemplo en el que el Estado también se desenvuelve en una relación de coordinación: las contrataciones públicas. Cuando un Estado concede un servicio público a una empresa privada, ambos quedan obligados a cumplir el contrato de buena fe, pero el Estado puede no cumplirlo, como lastimosamente sucede en no pocas ocasiones. La doctrina administrativista española y alemana habla incluso de un *ius variandi*, de un derecho del Estado a cambiar las reglas de juego, a infringir el contrato en aras del bien común; en la generalidad de los países, la autoridad tiene la

²⁷ Ponce Villacís: o. cit., p. 19.

²⁸ En este sentido se ha pronunciado siempre la jurisprudencia norteamericana, que hace una digresión: en el ámbito interno ha de aplicarse prioritariamente la Constitución, sin perjuicio de que de ello derive la obligación de asumir la consiguiente responsabilidad internacional por la inaplicación o transgresión de un tratado. En Argentina y en otros países hasta hace poco imperaba la misma doctrina.

potestad de reformar las leyes (leyes que se entienden incorporadas a todo contrato público al momento de su firma). Consecuentemente, es dado al Estado ejercer su *ius variandi* en cualquier tiempo y lugar, pero no de forma irresponsable; si pasa por encima de los derechos adquiridos de terceros, deberá indemnizarlos (doctrina española) o compensarlos (doctrina alemana).²⁹ Algo similar sucedería con los tratados internacionales, que no son sino convenios negociados *bis a bis*, suscritos dentro de una relación jurídica de coordinación.

2.6. El bien común internacional

Por último, creo necesario traer a colación un argumento intuido por Sagüés, en el que aún no se ha profundizado debidamente en el foro ecuatoriano. El argentino evidencia cómo para la doctrina contemporánea el Estado ha dejado de ser una *societas perfecta y soberana*, al no poder cumplir por sí solo con su fin, el bien común, y que la actual interdependencia de los Estados ha obligado a reelaborar este concepto, tornándolo en la noción más amplia de *bien común internacional*, noción que comprende los derechos humanos, las obligaciones civiles y otras condiciones. Por ello, para el autor el derecho internacional es una limitante del poder constituyente originario³⁰ y derivado,³¹ al ser la vez “fuente del derecho constitucional en cuanto sus preceptos regulen asuntos fundamentales concernientes a la estructura y funcionalidad del Estado”.³²

Normalmente los internacionalistas justifican la supremacía del tratado citando una cuidadosa selección de fallos expedidos por diferentes tribunales internacionales, en los que se conmina a los Estados a modificar su norma constitucional.³³ Esos fallos

²⁹ En Ecuador existe una suerte de renuncia constitucional del *ius variandi* en el artículo 249, donde al hablar de la responsabilidad del Estado por los servicios públicos delegados dispone: “[...] las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones” (como la constitucional). De forma análoga, en los contratos de inversión previstos en el artículo 271, se apunta en el inciso 3.º que “el Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas” (dentro de las cuales, están, por supuesto, las disposiciones constitucionales).

³⁰ Sagüés: o. cit., pp. 280-281.

³¹ *Ibidem*, p. 339.

³² *Ibidem*, p. 367.

³³ V. gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *La última tentación de Cristo*, sentencia de 3 de febrero de 2001, serie C, n.º 73, § 72. En Europa, bajo una óptica comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestó que *los Estados han transferido de forma definitiva derechos de soberanía* a la Comunidad creada por ellos, no pudiendo revocar dicha transferencia con medidas posteriores y unilaterales incompatibles con el concepto de Comunidad. Además adujo que uno de los principios de los tratados europeos es que *ningún Estado miembro puede atentar contra la peculiaridad del derecho comunitario consistente en tener validez uniforme e íntegra en todo el ámbito de la Comunidad* (sentencia *Costa-Enel*, de 15 de julio de 1964 [asunto 6/64]).

constituirían una suerte de costumbre internacional uniforme, prolongada e inobjeta. Habríamos de precisar que la absoluta mayoría de esos fallos se refieren sólo a cuestiones relacionadas con los derechos humanos, tema sobre el cual versan normas interpretativas y jerárquicas peculiares, disímiles a las del resto de los tratados de menor jerarquía.³⁴ Pero aun en esta materia de derechos humanos encontramos fallos disidentes de la supremacía del tratado y de su efecto directo, en tribunales españoles,³⁵ alemanes³⁶ e italianos.³⁷

³⁴ Cf. Bidart Campos: o. cit., pp. 1435-1488. El argentino sostiene que los tratados relacionados con derechos humanos merecen un trato preferente frente al resto de los tratados. Una postura análoga comparte Rosatti, para quien las normas dogmáticas son jerárquicamente superiores a las orgánicas, criterio interpretativo que consideramos válido para la hermenéutica jurídica ecuatoriana, tanto *intraconstitucional* como internacional. Cf. Horacio Rosatti: "La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución Nacional", en *Defensa de la Constitución, Galantismo y controles*, Buenos Aires: Ediar, 2003, pp. 271-282.

³⁵ En varias sentencias del Tribunal Constitucional español del año 1991, se ha sostenido que las normas comunitarias no están dotadas de rango y fuerza constitucional, por cuanto no lo dispone así la Constitución española. No obstante, el mismo Tribunal ha admitido que, bajo la Constitución, el derecho comunitario prima en las materias circunscritas a la competencia del referido derecho comunitario; es decir, se reconoce limitadamente un rango supralegal de la norma comunitaria. Cf. Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Noguera: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, p. 528, y Germán Bidart Campos: o. cit., pp. 1462, 1472, 1477 ss.

Trasluce en los tribunales nacionales un esfuerzo de elaboración doctrinaria y jurisprudencial, por no conceder la última palabra en materia de derechos fundamentales a un tribunal externo. Véase, por ejemplo, la sentencia n.º 64 de 1991; el Tribunal español aseveró que la transferencia de competencias internas a organismos supraestatales no eximía a los órganos gubernamentales españoles de su sujeción al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones contraídas frente a aquellos organismos supraestatales.

El Tribunal español ha sido derrotado por dos criterios. El primero, en el año 1992 dentro del caso *Bultó*, en donde el Tribunal de Estrasburgo declaró que el proceso penal seguido en España había infringido el artículo 6.1 del Convenio de Roma; si bien en un principio la demanda de nulidad fue rechazada por el Tribunal Supremo español, el Tribunal Constitucional dispuso la suspensión de la condena, argumentando que los poderes públicos no podían permanecer indiferentes cuando, en materia de derechos y libertades, el Tribunal Europeo ha declarado la violación de un derecho reconocido en el Convenio de Roma.

El segundo criterio, contrario al primero, con ocasión de la expropiación del grupo Rumaza, España dictó una norma legal que fue impugnada de inconstitucional en sede interna, pero el Tribunal Constitucional desestimó la demanda; posteriormente, el caso fue conocido por el Tribunal Europeo (caso *Ruiz Mateos*), el que dictaminó que se había transgredido el derecho a un proceso justo. Ruíz Mateos interpuso dos amparos ante el Tribunal Constitucional para ejecutar la sentencia, pero esta vez el Tribunal no colaboró en la ejecución, afirmando que la declaración de la violación de los derechos y libertades fundamentales incumbía tanto al Tribunal Europeo como al español, pero que la función de cada uno se situaba en el área de dos órdenes jurídicos distintos (dualismo manifiesto). En definitiva, el Tribunal Constitucional no era una instancia jerárquicamente subordinada, ni estaba obligado a cumplir las sentencias del Tribunal Europeo.

³⁶ Los tribunales alemanes e italianos rápidamente asumieron ser la última instancia de control de los derechos fundamentales, aunque a veces ésta pueda ser compartida o concurrente con la supraestatal del derecho comunitario. El Tribunal Constitucional alemán tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre

No obstante, estimo acertadas las directrices de Sagüés, aunque aún falte desarrollarlas. Siempre he considerado que el bien común es la piedra angular que permite el más profundo conocimiento del constitucionalismo; sin embargo, mientras no se lo estudie a fondo, no arrojará conclusiones decisivas. En otras palabras, actualmente la limitación establecida por el derecho internacional a la labor del constituyente no necesariamente implica la inferioridad de la Constitución.

2.7. Otros argumentos

Existen otros argumentos de apoyo a la primacía del tratado no analizados, como el de la dependencia fundamental del ordenamiento jurídico nacional frente al internacional. Muchos de estos argumentos quizá sea posible subsumirlos dentro de los razonamientos aquí reseñados, como el de la dependencia se subsume en el del bien común internacional. No obstante, para los fines de este trabajo considero que bastan los expuestos.

3. Argumentos a favor de la supremacía de la Constitución

La postura más conservadora sostiene la supremacía de la Constitución en el orden interno ante cualquier norma, sea nacional o internacional. Partidarios de esta tesis son Cassese,³⁸ Sagüés al juzgar el constitucionalismo español,³⁹ y también es

el tema en los casos *Solange I* en 1974 y *Solange II* en 1986. En el primero, sostuvo que la primacía del derecho comunitario sobre el interno no alcanzaba para subordinar a la Constitución en sus elementos esenciales, dentro de los que se hallan los derechos fundamentales. De esta forma, el Tribunal declaró que no podía inhibir su competencia y que, si bien no podía juzgar la validez de la norma comunitaria, sí podía inaplicarla y hasta declarar inconstitucional el acto estatal que cumple la norma comunitaria violentando la Constitución. En *Solange II* la jurisprudencia cambió de giro, al reconocer que el Tribunal Europeo dispensaba una tutela de los derechos análoga a la Constitución alemana, y el Tribunal anunció que en lo sucesivo no ejercerá competencia jurisdiccional ni control en materia de normas comunitarias.

³⁷ El Tribunal Constitucional italiano comenzó sosteniendo en 1975 que, en caso de oposición entre el derecho comunitario y el derecho local, el juez interno no podía inaplicar la norma comunitaria mientras no fuese declarada su inconstitucionalidad. Mas tarde, en el caso *Granital*, de 1984, el Tribunal cambió de criterio al admitir la posibilidad y el deber del juez interno de inaplicar *ipso iure* la ley interna cuando ésta colisionara con la comunitaria, sin necesidad de aguardar a que se derogara formalmente la norma interna.

Especial consideración merecen las sentencias del Tribunal Constitucional italiano de 1973 (caso *Frontini*) y 1989 (caso *Fraga*), donde se ratificó que Italia no tolera la aplicación de normas comunitarias que infrinjan los principios y los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Se falló que las limitaciones de la “soberanía”, causadas por el derecho comunitario no habilitaban para validar violaciones al ordenamiento constitucional italiano.

³⁸ Para Cassese el derecho internacional es *cuasiconstitucional*, por ser superior a la ley ordinaria, aunque resulte inferior a la Constitución. Varios autores ubican al tratado en un *escalón intermedio*, *infraconstitucional* y a la vez *supralegal*.

³⁹ “Por nuestra parte —señala Sagüés—, pensamos que las reglas de tratados concernientes al derecho constitucional, en estos países, importan un derecho constitucional intermedio, semejante en parte al de una ley orgánica, o a una ley reforzada, pero incluso superior a éstas, ya que el tratado no

muy cercano De Otto.⁴⁰ En el Ecuador, Larrea Holguín ha afirmado que, en lo relativo al ordenamiento interno, “después de la Constitución, vienen los tratados, luego, las leyes orgánicas, las demás leyes, y, finalmente las ordenanzas, reglamentos, resoluciones, decretos, acuerdos, etc.”⁴¹

Esta postura de antigua data hunde sus raíces en los inicios del constitucionalismo.⁴² A continuación esbozo algunos de sus posibles fundamentos en nuestro país.

3.1. Argumento histórico

Como se ha dicho, la ausencia de una norma que expresamente catalogue de inferior al tratado permite la cabida de tres sistemas: el de la supremacía del tratado, el de la supremacía de la Constitución y el de la equiparación del tratado con la Constitución. Pues bien, como queda escrito *ut infra*, el sistema adoptado en el Ecuador desde principios de la República es el de la supremacía de la Constitución, y hasta la fecha no hay norma expresa que cambie el sistema.

Corral decía que la Constitución de 1998 no pone a los tratados bajo la Constitución, como sí lo hacía la Carta de 1978. Hacemos ver que en 1835 tampoco se ponían éstos por debajo de la norma suprema,⁴³ y la interpretación dada por la unanimidad de los operadores de la Constitución era justamente la contraria a la de Corral, a saber, la inferioridad del tratado.

podría ser perjudicado por una ley orgánica, atento a lo establecido por el ya citado artículo 96 de la Const. española” (o. cit., p. 386).

⁴⁰ De Otto habla del derecho internacional como una situación *sui generis*. Cf. Ignacio De Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1987, pp. 125-126.

⁴¹ Juan Ignacio Larrea Holguín: *Derecho constitucional*, 7.^a ed., Quito: CEP, 2000, p. 107. Lo manifestado versa únicamente sobre el ordenamiento interno. En otra ocasión, ha aclarado este punto: “En el orden interno no existe otra regla superior a la Constitución. En cuanto a las relaciones con los otros estados, el Ecuador ha reconocido y reconoce la obligatoriedad de los tratados internacionales, sujetándose a la norma universal de civilización: *pacta sunt Servanda*: las convenciones se deben cumplir. La misma Carta Política reconoce este acatamiento de los pactos internacionales que, una vez aprobados y promulgados en el Ecuador, forman parte de su sistema jurídico, con una jerarquía equiparable a la de la Constitución, puesto que es superior a la de las leyes orgánicas y las demás leyes, reglamentos, ordenanzas, etc.” (Informe *Protección de la vida en la Constitución*, de 17 de diciembre de 2005).

⁴² Sperduti ha destacado que, ya a finales del siglo XIX, en la mayoría de los países no se adoptaba la teoría dualista de la transformación, por la que un tratado, para ser válido, debía aprobarse, ratificarse y adecuarse al derecho interno, mediante la expedición de normativa secundaria o algún otro acto del Ejecutivo o del Legislativo. El autor señala que la teoría parte de un *a priori* sin sustento jurídico válido, como es demandar un acto normativo suplementario para la aplicación interna de un tratado internacional ya elaborado, acto que por otro lado no requiere la Constitución. Cf. Giuseppe Sperduti: “Le principe de souveraineté”, en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, La Haya, 1976, t. 159, V-340 y 350.

⁴³ La Constitución ecuatoriana de 1835, decía en su artículo 112: “se declaran en vigencia todas las leyes y decretos que rigen al presente, en cuanto no se opongan a la Constitución Política”. No se aludía a los tratados y acuerdos internacionales, pero nunca se entendió que por esta omisión estuvieran por encima de la norma suprema.

Podríamos intentar armar un segundo argumento que refuerce la tesis de Corral, cual es que en 1835 este punto no se discutía y hoy sí. Consecuentemente, la omisión de 1998 no es producto de la ignorancia, sino que se trata de un silencio voluntario y consciente.

Contra este argumento que hemos intentado crear habría que objetar: primero, que, en honor a la verdad, la intención del constituyente de 1998 no es clara. Segundo, que, si admitimos la voluntad implícita del constituyente de cambiar de sistema, el nuevo sistema no necesariamente tendría que ser el de la supremacía del tratado, sino que también cabría optar por la equiparación de la norma internacional con la Constitución, amén de otros sistemas mixtos. Pero, sobre todo, habría que resaltar que, tanto en la historia ecuatoriana como en el derecho comparado, la supremacía del tratado se presenta únicamente de forma excepcional, y la adopción de un sistema excepcional difícilmente puede hacerse de forma implícita; es más propio exigir para el efecto una disposición expresa.

Obsérvese cómo, en los países donde impera la supremacía del tratado, el sistema la ha adoptado: a) diciéndolo expresamente en el texto constitucional; b) con límites bien definidos (usualmente se especifican en una lista los tratados que la Constitución debe respetar); y c) suele disponerse que para la aprobación de esos tratados supremos debe seguirse un trámite agravado, similar al de la reforma constitucional. En el Ecuador no se ha discutido la cuestión con tanta minuciosidad.

3.2. El artículo 163 no habla de la Constitución

Así como los partidarios de la primacía del tratado invocan el artículo 272, que omite decir que la Constitución está por encima del tratado, los partidarios de la supremacía de la Constitución invocan el artículo 163, que señala que los convenios internacionales “prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”. No se menciona a la Constitución; luego, el tratado no prevalece ante ella.

Considero que los dos argumentos se contrarrestan. En tema tan controvertido de una omisión, poca doctrina se puede sacar.

3.3. Argumento político

Los países de avanzada no consideran que todo tratado sea jerárquicamente superior o igual a la norma constitucional. Por el contrario, suelen considerar elevada su jerarquía únicamente cuando el tratado ha sido aprobado por el legislativo a través de un trámite agravado, similar al de la reforma constitucional. La idea de fondo —aplicable para los regímenes democráticos— es que la Constitución de un país es la manifestación de la voluntad soberana del pueblo, el que debe estar de alguna forma representado en el poder constituyente. Luego, si se pretendiera cambiar el orden dogmático o estructural de un Estado, se estaría ejerciendo el poder constituyente

derivado, para lo cual habría que cumplir con los trámites propios de una reforma constitucional (mayorías cualificadas, candados, etcétera).

Alguien podría observar que el artículo 162 obliga al legislador ecuatoriano a reformar la Constitución cuando el tratado es contrario a ella, pero ése no es el punto. Ciertamente, los tratados contrarios a la Constitución requieren para su aprobación un trámite agravado, y por ello de alguna forma sus disposiciones se elevan al rango constitucional. Pero ¿qué decir del resto de los tratados, que se ratifican en un solo debate y con el voto de la mayoría simple del Congreso?⁴⁴ ¿Qué decir de aquellos tratados que hasta pueden ratificarse sin la intervención del legislativo?⁴⁵ ¿Estarán por encima de la Constitución?

Para configurar o cambiar la dogmática y estructura fundamental del Estado mediante la aprobación de una norma internacional, parece conveniente exigir que se sigan procesos similares a los usualmente previstos para la reforma constitucional. Pero, como dirían los filósofos, éste es más un argumento de conveniencia que de necesidad.

3.4. Hay un principio contralor de la constitucionalidad del tratado

Hemos visto que por el artículo 162, inciso 3.º, la aprobación de un tratado inconstitucional “no podrá hacerse” (salvo, por supuesto, que se reforme la Constitución). Pues bien, podría concluirse que esta norma operativa contiene y obedece a un principio contralor de la constitucionalidad del tratado.⁴⁶ Luego, el tratado estaría por debajo de la Constitución.

Destacamos que la norma operativa no opera sin finalidad alguna; podría entonces deducirse que la norma es un instrumento (medio) destinado a salvaguardar la supremacía constitucional (fin). Los fines de la Constitución han sido considerados por la doctrina como principios rectores del ordenamiento jurídico. De esta forma, aunque el control preventivo hubiera fallado, por el principio de fondo de la norma, el tratado ha de reputarse inferior a la Constitución.

⁴⁴ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 162, inciso 1.º.

⁴⁵ Cf. Constitución ecuatoriana, artículos 161 y 171, número 12.

⁴⁶ Morales Tobar ha apuntado que “los artículos 162 y 276, número 5, de la Constitución exigen que los tratados que deben someterse a la aprobación legislativa, pasen el control previo de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional”, y añade más adelante que un problema se planteaba “respecto de los tratados internacionales que no requieren de aprobación por parte del Congreso Nacional, es decir, de aquellos que tratan de materias no comprendidas en el artículo 161 de la Constitución. La dificultad jurídica no estriba en que éstos no deban ser sometidos al trámite legislativo, sino que éstos no reciben control previo de constitucionalidad” (Marco A. Morales Tobar: “Derechos humanos y tratados que los contienen en el Derecho constitucional y la jurisprudencia de Ecuador”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Quito: Ed. Legales, 2003, pp. 51-52).

Contra lo dicho habría que objetar que, si bien es discutible la existencia de tal principio, sí es claro que la Carta de 1998 nada dispone acerca del control constitucional institucional de los tratados preconstitucionales, ni de los que no requieren aprobación por el Congreso Nacional.⁴⁷ ¿Cabría forzar el principio contralor también a estos tratados? Difícilmente.

En mi opinión, el control previo de *conformidad* constitucional, por sí solo, no determina si la norma controlada es superior, inferior o igual a la Constitución. Para probar lo dicho basta un ejemplo: imaginemos que el artículo 162 no hablara de tratados, sino de ordenanzas (normas evidentemente inferiores a la Constitución), ¿sería posible mantener el mismo texto? Obviamente: “la aprobación de [una ordenanza] que exija una reforma constitucional no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”. Nadie refutaría que la ordenanza no podría aprobarse, a menos, por supuesto, que la Constitución cambiase. ¿Y si hablara de una norma igual o superior a la Carta suprema? Lo mismo: “la aprobación de [una norma igual o superior] que exija una reforma constitucional no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”. Del control previo dispuesto en el artículo 162 no se concluye ninguna jerarquía, sino sólo el deber de que el proyecto de norma guarde *conformidad* con el resto del ordenamiento jurídico.⁴⁸

4. Estado de la cuestión en el Ecuador

La teoría de la supremacía del tratado responde a un loable movimiento mundial surgido hace algunas décadas, que tiende a internacionalizar el derecho y a fortalecer los tratados. Tales tesis han encontrado un caldo de cultivo para su desarrollo en la ambigüedad del texto constitucional de 1998, que no aclara si prima el tratado o la Constitución.

Para el Tribunal Constitucional el dilema de la primacía está resuelto. El sistema de control de la constitucionalidad adoptado en 1998 le concede facultades preventivas para revisar la conformidad constitucional de un tratado aún no aprobado, mas no reparadoras para suspender al tratado vigente.⁴⁹

⁴⁷ En este sentido, Morales Tobar ha destacado que “las facultades del Tribunal Constitucional se encuentran señaladas, de modo general, en el artículo 276 de la Constitución, y entre estas potestades, en el número 5, solo aparece la de dictaminar los instrumentos internacionales ‘previo a su aprobación por el Congreso Nacional’. Esta Magistratura no ejerce, por otra parte, potestades de oficio [...]” (ibídem, p. 52).

⁴⁸ La *conformidad* del ordenamiento jurídico (que no haya normas contradictorias) no se resuelve únicamente a través del principio de jerarquía. En un mismo cuerpo legal puede haber normas concordantes y discordantes, y todas estar a la misma altura.

⁴⁹ Cf. Constitución ecuatoriana, artículos 162, 163, 272, 274, 276, que confieren un tratamiento similar al previsto en los artículos 54 y 44 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958.

Lo agudo del conflicto se encuentra en los artículos 273 y 274, último que faculta a los jueces nacionales a inaplicar “un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales”. En caso de contradicción, ¿deben los jueces inaplicar la Constitución para aplicar el tratado? ¿O, por el contrario, tienen la obligación de seguir la norma constitucional, dejando de lado el tratado? Recuérdese que la transgresión de la norma trae responsabilidades nacionales e internacionales, civiles y penales.

5. Posición ecléctica

Muy posiblemente en el Ecuador se está forzando al texto llano de la Constitución para inclinarlo a favor de una postura u otra. En mi opinión, lo más lógico es suponer que el constituyente prefirió eludir la resolución del problema de la supremacía. ¿Por qué la evadió? No lo sé: quizá por no hallar consenso entre los assembleístas, quizá por no aclararse en qué sistema debía adoptarse, o quizá por creer que lo mejor era no amarrarse a ningún sistema rígido y extremo, permitiendo de esta manera que algunos tratados estén por sobre la Constitución, otros en paridad y otros en inferioridad.⁵⁰

Entonces, ¿cómo dilucidar qué norma prima? A continuación expongo algunos criterios.

5.1. Dilucidar cuál es la relación jurídica en análisis

La primera luz la encontraremos al dilucidar si la relación jurídica que tiene el Estado es *ad intra* o *ad extra*. Si se trata de una relación *ad extra* (verbigracia, del Estado con un par), es casi inobjetable que el derecho internacional primará por sobre el interno, de la forma y con las salvedades previstas en el Convenio de Viena. En cambio, si nos hallamos ante una relación *ad intra*, como la del Estado con uno de sus ciudadanos, la solución no es tan clara y ofrece varias posibilidades.

⁵⁰ Sagüés ha sostenido que “una constitución puede eventualmente guardar silencio sobre el tema. Aquí, claro está, hay silencios antiguos y silencios nuevos. Si una constitución es vieja, como la de Estados Unidos de América, es comprensible que no haya previsto la cuestión de la integración y de las transferencias [...] Por el contrario, si el documento constitucional es de reciente data, esa omisión no puede imputarse a desconocimiento del tema por el constituyente, y cabría pensar que su falta de pronunciamiento importa negación de posibilidades de cesiones de competencias locales, salvo que se acredite la intención del constituyente de que su silencio signifique simple abstención en pronunciarse sobre el asunto, hecho que perfilaría otro caso de laguna constitucional (y o de negación constitucional)” (o. cit., pp. 393-394).

5.2. *Buscar la solución en la norma constitucional*

Como dijimos, hay constituciones que definen qué norma tiene la supremacía (verbigracia, la holandesa, que da supremacía al tratado; la peruana de 1979, que da rango constitucional a los tratados de derechos humanos; la ecuatoriana de 1978, según la cual la Constitución prima ante toda norma). En principio, no me parece adecuado que la Constitución conceda *in genere* a todo tratado supremacía, igualdad o inferioridad; hay casos y casos. Los países que una vez optaron expresamente en sus constituciones por este peculiar sistema, hoy han dado pasos atrás.

Este criterio es el que han intentado seguir Corral y Ponce Villacís para sustentar la tesis de la supremacía del tratado. Por mi lado, también he seguido este criterio para fundamentar en el artículo 162 la existencia de un principio contralor de la constitucionalidad del tratado.

5.3. *Buscar la solución en el tratado específico*

Frecuentemente es el mismo tratado el que nos define si las normas tienen efecto directo o no lo tienen. Los tratados de derechos humanos suelen tener efecto directo inmediato y pueden ser invocados directamente por los ciudadanos del Estado suscriptor. En este caso es evidente que el tratado forma parte del ordenamiento nacional (tesis monista), ubicándose generalmente por encima de la Constitución, máxime si se trata de derechos humanos.

Por el contrario, existen tratados, acuerdos, convenios internacionales, decisiones, directivas, etcétera, que imponen obligaciones al Estado de diversa índole: deber de legislar en un determinado sentido, de regular una materia, de eliminar una norma interna, etcétera. De esta manera, el Estado contraparte reconoce una diferencia entre el tratado y la legislación interna, que conmina a cambiar. Si el tratado formara parte automáticamente del ordenamiento interno, entonces el Estado no podría incumplirlo; pero, como no forma parte, el Estado queda en mora legisferante. Un monista como Kelsen no pudo desconocer esta realidad.⁵¹

Por ello Sagüés ha afirmado:

[...] no obstante la oposición conceptual de las doctrinas dualistas y monistas, los resultados de ambas pueden coincidir en algunos puntos. Por ejemplo, si el derecho internacional, por medio de sus instrumentos jurídicos concretos (tratados, pactos, convenciones, etc.), no regula contenidos en materia de derecho nacional, o de conexiones entre el derecho internacional y el local, y por ello, deja en manos

⁵¹ “El derecho internacional sólo necesita ser transformado en derecho nacional cuando así lo exige la constitución del Estado. Si la constitución guarda silencio en este punto —como a veces sucede—, los tribunales estatales tiene competencia para aplicar directamente al derecho internacional, y, de manera especial, los tratados concluidos de acuerdo con la misma constitución por el gobierno del Estado de que se trate, con los otros Estados” (Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, 3.ª ed., traducción de E. García Maynez, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 450).

del Estado legislarlos a su placer, bien puede ocurrir que una constitución local establezca una serie de condiciones para admitir al derecho internacional, y hasta prescriba la superioridad del derecho local sobre el internacional.⁵²

5.4. *Indagar si hay control constitucional del tratado*

Se trata de un argumento más empírico que estrictamente jurídico. No obstante, recordemos que la costumbre crea derecho, y que la falta de control facilita el nacimiento del derecho repentino. Volvemos a citar a Sagüés, para quien:

[...] de no haber un mecanismo local o internacional que permita anular la norma interna opuesta al derecho internacional, ella permanecerá en vigencia, al menos en el interior del Estado. Así, se ha observado que el monismo puede paradójicamente llevar —en virtud del derecho positivo— a la primacía del derecho nacional sobre el internacional.⁵³

5.5. *Revisar la relación de la norma con el bien común internacional*

Un argumento de fondo sobre la supremacía de la Constitución o del tratado es el del *bien común internacional*. Una Constitución que lesione los derechos humanos no merece llamarse Constitución, y estará siempre por debajo del derecho internacional; de igual manera, un tratado que merme los derechos del hombre nunca podrá estar por encima de una Constitución que reconozca y garantice tales derechos de mejor manera.⁵⁴

Por ello, hasta un acérrimo defensor del monismo y de la supremacía del tratado, como lo es Bidart Campos, ha tenido que hacer prevalecer el derecho interno de los Estados frente al internacional cuando la Constitución nacional otorga mejores reconocimientos y garantías a los derechos humanos que el pacto internacional.⁵⁵ El ar-

⁵² Sagüés, o. cit., p. 380.

⁵³ *Ibidem*, pp. 380-381. Sagüés cita a Kelsen, quien afirma que estas dos rutas monistas “pueden ser aceptadas o rechazadas teniendo a la vista las estipulaciones empíricas dadas por el derecho positivo nacional o el derecho positivo internacional, simplemente porque son hipótesis epistemológicas que no traen consigo ninguna implicancia de orden material” (Kelsen: o. cit., p. 462).

⁵⁴ En el Ecuador, Marco A. Morales Tobar ha analizado la jerarquía de los tratados de derechos humanos frente a la constitución en *Derechos humanos...*, o. cit., pp. 37-57.

⁵⁵ Bidart Campos, en consonancia con la doctrina general, habla del derecho internacional humanitario como *un mínimo insoslayable* a cumplirse: si el derecho interno abona más por la protección de los derechos humanos, a él hay que estar. Por ello acota que entre derecho internacional, comunitario e interno hay una *retroalimentación*. En concreto, afirma que hay una “una supremacía del derecho internacional en el sentido de que el derecho internacional de los derechos humanos no consiente su violación por parte del derecho interno, como tampoco la tolera por parte del derecho comunitario; hay opción en el sentido —no opuesto a la referida supremacía— de que existe el deber de escoger la fuente y la norma que en la dualidad integrada del derecho internacional y el derecho interno suministra la mejor solución posible para la persona y sus derechos (aplicación obligatoria del principio pro homine)”. Cf. Bidart Campos: o. cit., pp. 1435-1488; la cita es de las pp. 1442-1443.

gentino fundamenta lo dicho en el principio *pro homine*, que no es sino una *condición*⁵⁶ más del *bien común internacional*.

La noción de *bien común internacional* es algo compleja y presupone la existencia de *bien común nacional*, el mismo que no puede desconocer. Implícito en esta noción está el principio de subsidiariedad, por el que las sociedades mayores no pueden intervenir en las menores, mientras ellas sean autónomas y puedan cumplir con sus fines (el fin último de toda sociedad es el bien común). Consecuencia de ello es que los tribunales internacionales sólo pueden intervenir cuando los Estados fallan en dar la justicia, y sólo pueden aplicar el derecho internacional cuando el derecho interno resulta insuficiente para resolver la situación jurídica planteada a ellos.

Fundamentado en el bien común internacional,⁵⁷ hasta se ha llegado a conceder jurisdicción universal a algunos tribunales internacionales, e incluso a jueces nacionales,⁵⁸ con la única condición de que la justicia interna haya fracasado. Con igual

⁵⁶ Una de las más sintéticas y elegantes definiciones de bien común es la dada por Juan XXIII en la encíclica *Mater et Magistra*, de 1961, donde se apunta que es “el conjunto de condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona”. Esta noción corresponde perfectamente a la adoptada por nuestra actual Constitución en los artículos 56, 97, 119 y 244, inciso 4, donde el bien común es a la vez un derecho y un deber de todo ciudadano, y concuerda con el concepto que se ha dado en la historia constitucional ecuatoriana. Por ejemplo, el artículo 10 de la Constitución de 1967 señalaba: “Bien común. Es función primordial del Estado establecer las condiciones sociales en que los integrantes de la comunidad puedan disfrutar de los medios necesarios para la realización de los fines”.

⁵⁷ Por lo general no se alude directamente al *bien común internacional*, sino a algunos de los elementos de su esencia: los derechos humanos, el derecho a la paz, el principio *pro homine*, etcétera.

⁵⁸ En 1993 Bélgica adoptó una ley de *competencia universal* en virtud de la cual se consideraba competente para juzgar a los autores de genocidio o crímenes graves de derecho internacional, con independencia del lugar donde hubieran sido cometidos, la nacionalidad del acusado o su residencia. La ley se aplicó por primera vez en el 2001, dando lugar a dos procesos en los que fueron condenados seis cómplices por el genocidio de Ruanda. Ello provocó una multiplicación de querellas presentadas por diversas organizaciones contra George Bush padre, Colin Powell, Ariel Sharon, Yasser Arafat, Fidel Castro, Sadam Hussein, Augusto Pinochet... Israel, Estados Unidos y otros estados comprometieron sus relaciones con Bélgica al amenazar oficialmente con deslocalizar la sede de la OTAN en Bruselas. En vista de ello, en el 2003 el gobierno belga dio marcha atrás con su “emblemática” ley y retornó a la noción clásica de competencia extraterritorial.

A pesar de esta mala experiencia, el Tribunal Constitucional español ha declarado que los tribunales españoles son competentes para perseguir delitos de genocidio sin necesidad de que haya víctimas españolas y aunque el caso no presente ningún elemento de conexión con los intereses nacionales. La Audiencia Nacional española condenó el 19 de abril de 2005 al ex militar argentino Adolfo Scilingo, por un delito de lesa humanidad que causó treinta muertes, torturas y secuestros. Fu la primera vez que la justicia española condenó a un extranjero por delitos cometidos fuera del país. La Asamblea Nacional, sin embargo, ha advertido que no admitirá al trámite ninguna querrela por genocidio o delitos de lesa humanidad cuando aprecie *in limine* que existe “abuso del derecho”, calificado por ella misma como alusión a “delitos o lugares totalmente extraños y/o alejados” y cuando no se acredite “interés directo o relación con los hechos denunciados”. Además ha manifestado que se dará prioridad a cualquier procedimiento abierto por delitos en el lugar de los hechos o en los tribunales internacionales.

fundamento, los tribunales internacionales tampoco han dudado en deslegitimar varios artículos de diversas constituciones, en condenarlos y en conminar a los Estados a cambiar su redacción.

5.6. *Revisar si existe trámite agravado*

Hemos visto *ut infra* que los países que expresamente dan una jerarquía igual o mayor a los tratados requieren usualmente que el tratado sea aprobado por una mayoría de votos cualificada, por lo general similar a la prevista para una reforma constitucional. Ahí se apuntaron las razones de fondo de estos recaudos, exigidos en Holanda, Perú y Argentina, donde es clara la jerarquía del tratado porque existe norma expresa.

Podríamos preguntarnos si en el Ecuador un tratado ratificado sólo por el presidente⁵⁹ tiene la misma jerarquía que el ratificado por el Congreso por mayoría simple⁶⁰ o que aquel que para ratificarse reformó la Constitución.⁶¹

Para contestar a la pregunta, he de recordar que la parte dogmática de nuestra Carta Suprema prohíbe reiteradamente que se reforme la Constitución del Estado con la voluntad de un solo hombre, sin oír al pueblo o a sus representantes. Al respecto, se lee: “[...] el Ecuador es un Estado [...] democrático. Su gobierno es [...] electivo, representativo, [...] participativo [...]”;⁶² su “soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”.⁶³ De hecho, es “el pueblo del Ecuador”⁶⁴ el que “en ejercicio de su soberanía”⁶⁵ “establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social”.⁶⁶ Estas normas prevalecen sobre la parte orgánica de la Constitución.⁶⁷

⁵⁹ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 171, número 12.

⁶⁰ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 162, inciso 1.º.

⁶¹ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 162, inciso 3.º.

⁶² Constitución ecuatoriana, artículo 1, inciso 1.º.

⁶³ *Ibidem*, inciso 2.º.

⁶⁴ Primera frase de la Constitución ecuatoriana, con la que inicia el preámbulo.

⁶⁵ Constitución ecuatoriana, preámbulo, inciso 5.º.

⁶⁶ *Ibidem*, inciso último.

⁶⁷ La doctrina concuerda en que los artículos orgánicos se supeditan al dogma constitucional, por ser instrumentos de realización del dogma. Si lo orgánico se contraponen con el dogma, cae por su propio peso y pierde fuerza jurídica. Sobre la primacía de la parte dogmática de la Constitución frente a la orgánica, cf. Rosatti, o. cit., p. 274-275, donde se recuerda el censo previsto en la Constitución argentina (requisito de una renta mínima de dos mil pesos) para ser candidato y ejercer ciertos cargos, que se inaplicó por contraponerse a varias normas dogmáticas de la misma Constitución.

Ciertamente, el presidente de la República está facultado para aprobar, ratificar⁶⁸ y notificar aquellos tratados no previstos en el artículo 161, sin intervención del legislativo, mas no considero que por ello se encuentre facultado para reformar por su sola voluntad la Constitución, porque esto violentaría la parte dogmática de la propia norma suprema. Si el Ejecutivo terminara ratificando un tratado contrario a la Constitución —de hecho o de derecho—,⁶⁹ en principio el tratado no debería primar en aquella parte contradictoria. Caso contrario, se estaría facultando a un solo hombre para reformar a discreción la Constitución material de un país, echando por tierra los postulados dogmáticos de soberanía del pueblo, de Estado democrático y de gobierno representativo y participativo.⁷⁰

Respecto al tratado aprobado con reforma constitucional, al tenor del artículo 162, inciso 3.º, evidentemente sí está sobre la Constitución. Por lo tanto, las disposiciones constitucionales reformadas y no reformadas se sujetarán e interpretarán a la luz del tratado aprobado, sin poder contradecirlo; con todo, si hubiere tal contraposición, primará el tratado.

Menos claro es el caso de los tratados aprobados por el Congreso Nacional en un solo debate, con mayoría simple. Para determinar si priman o no, habrán de aplicarse caso a caso otros criterios.

5.7 *Revisar todas estas reglas en su conjunto*

Ninguna de las pautas reseñadas es criterio absoluto. Aunque una Constitución se autodeclarara suprema, si el Estado ratifica un pacto de derechos humanos con efecto directo, habría que aplicarlo directamente por encima de la norma nacional. *Contrario sensu*, aunque la Constitución de un Estado estipulara la supremacía de todo tratado, si ese Estado suscribiera un pacto en el que se excluyera expresamente

⁶⁸ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 171, número 12.

⁶⁹ Recuérdese que la Convención de Viena permite incumplir un tratado fundamentado en el derecho interno, cuando los argumentos se basan en cuestiones “manifiestas” de *incompetencia*. Luego, si la incompetencia del presidente para no ratificar el tratado no es “manifiesta”, el tratado se tendrá por válido y exigible al Estado. Por el contrario, si la incompetencia es “manifiesta”, el tratado no entrará en vigor.

⁷⁰ Morales Tobar intuyó parte del problema, al anotar que, “además de que el tratado o convenio internacional tienen jerarquía supra legal y en materia de derechos humanos, como se señaló antes, los instrumentos internacionales son aplicables en el sentido que más favorezca a la persona, es necesario que se procure una reforma constitucional, que obligue al Ejecutivo a contar con dictamen preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional en todos los casos o, por lo menos, que sea un órgano imparcial, como es esa Magistratura, la que determine, en primer lugar, si el instrumento se refiere a una de las materias señaladas en el artículo 161 de la Constitución, para que no existan violaciones a normas fundamentales en su tramitación” (o. cit., p. 57).

el efecto directo, no se podría aplicarlo inmediatamente. Por tanto, habrá que revisar todos los criterios expuestos y determinar cuál o cuáles aplican en cada caso.

En esa selección de criterios valdrá tener en cuenta una última pauta que postulamos: *in dubio pro ius cogens*.⁷¹

⁷¹ En un análisis crítico del dualismo, Sagüés afirma: “[...] en definitiva, la adhesión de un país a una u otra corriente depende de sus reglas constitucionales y del derecho consuetudinario en vigor. De no existir ellas, lo lógico es hacer prevalecer la tesis de la unidad, porque requerir una norma suplementaria al tratado, para que entre en operatividad interna, a más de ser algo redundante (salvo que no haya más remedio que hacerlo porque lo imponga la constitución), significa dejar en manos del capricho local cumplir o no con lo acordado en el ámbito exterior, en abierta contradicción con los principios de buena fe y de responsabilidad por los propios actos” (o. cit., pp. 376-377).